الأستاذ أحمد إدريس عبده
أستاذ بالمعهد الإسلامي لتكوين
الاطارات الدينية

فقه المعاملات

على مذهب الإمام مالك

مع المقارنة بالمذاهب الأخرى
في أصول المسائل وعيونها

دار الهدى
عين مليلة ☆ الجزائر

الأستاذ أحمد إدريس عبده
أستاذ بالمعهد الإسلامي لتكوين
الاطارات الدينية
فقه المعاملات
دار الهدى

الأستاذ أحمد إدريس عبده
أستاذ بالمعهد الإسلامي لتكوين
الاطارات الدينية

فقه المعاملات

على مذهب الإمام مالك
مع المقارنة بالمذاهب الأخرى
في أصول المسائل وعيونها

دار الهدى
عين مليلة ☆ الجزائر

الترقيم التسلسلي 2000/895 دار الهدى
رقم الإيداع القانوني 629/98 المكتبة الوطنية
ردمك 8 - 171 - 60 - 9961

© **شركة دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع**
المنطقة الصناعية ص ب 193 عين مليلة * الجزائر
الهاتف: 00 .92 .44 .032 / 47 .95 .44 .032 **الفاكس:** 18 .94 .44 .032

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة

أحمدك اللّهم حمدًا يليق بجلالك وأشكرك شكرا يوافي نعمك ويكافئ مزيدك سبحانك لا نحصي ثناء عليك أنت كما أثنيت على نفسك، وأحمدك على ما وهبت من الهدى إلى شرعك، وجعلت مقام العلم أعلى مقام، وفضلت العلماء بإقامة الحجج الدينية ومعرفة الحلال والحرام، والتمييز بين الجائز والفاسد في وجود الأحكام.

وأشهد أن لا إله إلا أنت وحدك لا شريك لك شهادة تُكَفِّر بها عن السيئات وترفعنا بها عندك أعلى الدرجات.

وأشهد أن محمدا عبدك المرتضى ونبيك المجتبى ورسولك المصطفى صلوات اللّه وسلامه عليه وعلى آله وصحبه ومن اهتدى بهديه إلى يوم الدين.

وبعد: فهذا كتاب في فقه المعاملات المالية خصصته بعقود المعاوضات التي تدعو الحاجة إليها كثيرا ويتناولها غالبا برنامج الدراسة في الجامعات والمعاهد الإسلامية اعتمدت فيها فروع المذهب المالكي مقرونة بأدلتها وعللها ومداركها ورد فروعها إلى أصولها مهما أمكن ذلك، مع المقارنة بالمذاهب الأخرى كلما تدعو الحاجة فيها إلى المقارنة خاصة أصول المسائل التي يقوى فيها الخلاف وتختلف فيها مدارك الأئمة، وربما اقتضى النظر إلى رجحان مذهب المخالف مع حرصي - ما أمكنني ذلك - على سهولة العبارة ويسرها ووضوح الفكرة والابتعاد عن الغموض المضل والاختصار المخل. هذا ويتكون الكتاب من فصل تمهيدي وبابين.

أما الفصل التمهيدي ففيه أربعة مباحث:

- **المبحث الأول:** في تعريف المال.
- **المبحث الثاني:** في تقسيم المال.
- **المبحث الثالث:** في المال والملك.
- **المبحث الرابع:** مكانة المال في الإسلام.

الباب الأول في البيوع وفيه سبعة فصول:

الفصل الأول: في تعريفه وحكمه.

الفصل الثاني: في أركانه وشروطه.

الفصل الثالث: في أنواعه.

الفصل الرابع: في بيوع الأمانة.

الفصل الخامس: في الشروط في البيع.

الفصل السادس: الخيار في البيع.

الفصل السابع: اختلاف المتبايعين.

الفصل الثامن: السلم وأحكامه.

الفصل التاسع: البيوع المنهى عنها.

الباب الثاني: في العقود المشاكلة للبيع.

وفيه سبعة فصول:

الفصل الأول: في الإجارة والكراء.

الفصل الثاني: الجعالة وأحكامها.

الفصل الثالث: الشركة وأقسامها وأحكامها.

الفصل الرابع: القراض (المضاربة).

الفصل الخامس: المساقاة.

الفصل السادس: المزارعة.

الفصل السابع: في الصلح بين المتخاصمين في الأموال.

واللّه نسأل أن يجعله خالصا لوجهه الكريم وأن ينفع به أنه جواد كريم وهو وحده المسؤول في بلوغ المأمول وحسبنا اللّه ونعم الوكيل ولا حول ولا قوة إلا باللّه العلي العظيم.

أحمد إدريس عبده

فصل تمهيدي: وفيه مباحث

المبحث الأول: تعريف المال:

أ - تعريفه لغة:

المال ضرورة من ضرورات الحياة التي لا غنى للإنسان عنها، فلا عجب أن يكون له في النظام الإسلامي قيمة كبيرة ومكان مرموق؛ وليس من ريب في أن كل ما تتوقف عليه الحياة في أصلها وكمالها وسعادتها وعزها من علم وصحة وقوة واتساع عمران وسلطان لا سبيل إليه إلا بالمال.

وقد ورد ذكره في القرآن أكثر في من تسعين آية، وفي السُّنّة كذلك، في أحاديث أكثر من أن تحصى، وأخبر الله أنه أحد أمرين هما زينة الحياة الدنيا في قوله تعالى: ﴿الْمَالُ وَالْبَنُونَ زِينَةُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا﴾[1]، ووصف المال بأنه قوام للناس ﴿وَلاَ تُؤتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا﴾[2]. وقوام الشيء ما به يحفظ ويستقيم؛ والمال قوام المعاش والمصالح العامة والخاصة.

غير أن الشارع لم يحدد للمال معنى خاصا كما حدد معاني غيره من الألفاظ، كالصلاة، والزكاة، والصوم، والنكاح، والطلاق، والخلع، والربا... بل تركه لما يتعارفه الناس فيه؛ فالعربي الذي نزل القرآن بلغته حينما يسمع لفظ المال يفهم المراد منه كما يفهم ما يراد بلفظ السماء والأرض، ومن هنا نجد بعض أصحاب المعاجم اللغوية يقول «المال معروف» ومنهم من بيَّن معناه.

والذي يؤخذ مما ذكره أهل اللغة أن المال في لغة العرب « هو الشيء الذي يحوزه الإنسان بالفعل بحيث ينفرد به عما سواه». وعلى هذا لا يسمى الشيء الذي لم يدخل في حيازة الإنسان مالا في اللغة، كالصيد بالفلاة، والطير في الهواء، والسمك في الماء، والمعادن في باطن الأرض.

---

(1) سورة الكهف، الآية 46.

(2) سورة النساء، الآية 5.

ب - تعريفه عند الفقهاء:

وأما الفقهاء فقد ورد عنهم في تعريف المال عبارات كثيرة مختلفة في ألفاظها ولكنها متقاربة في مفهومها ومعناها، فكل واحد منهم يريد أن يبيّن معنى هذا اللفظ (المال) ويحدد المراد منه، إذ لم يرد من الشارع تحديد معناه فجاءت التعاريف مختلفة، فكان بعضها واضحًا جليًا وافيًا بالغرض، وبعضها الآخر يكتنفهُ القصور والغموض.

ولعل أقرب التعريفات للمال وأحسنها ما قيل فيه: «إن المال ما يمكن حيازته وإحرازه والانتفاع به انتفاعًا معتادًا».

وهذا التعريف يفيد أن مالية الأشياء تثبت بمجموع أمرين:

1 - الحيازة: فليس من المال ما لا يمكن حيازته، كضوء القمر وحرارة الشمس، والأمور المعنوية كالشرف والذكاء والصحة والتواضع والسماحة...

2 - إمكان الانتفاع المعتاد به، فيخرج من المال الأشياء التي لا يمكن الانتفاع بها أصلاً كالجيفة والطعام المسموم ونحو ذلك من الأشياء التالفة الفاسدة؛ ويخرج كذلك ما ينتفع به انتفاعًا غير عادي كحبة قمح أو أرز وأمثالها، فإن الحبة لا ينتفع بها وحدها.

على أن ما ليس له قيمة في ذاته قد ينقلب فيصبح من أنفس الأموال في نظر الناس، كبعض الآثار التي يحرص الناس على اقتنائها للذكرى، كفضلة قلم أحد العلماء المشاهير، أو توقيعه، أو مسودة بخط أحد العظماء، ونحو ذلك مما ليس له قيمة في ذاته ولكنه أصبح ذا قيمة في نظر الناس[1].

ثم إن مالية الأشياء تثبت باعتياد الناس كلهم أو بعضهم تَمَوُّلَهُ وصيانته بحيث يجرى فيه بذل ومنع. وينبني على هذا:

أولا : إن الشيء إذا ثبتت ماليته لا تزول عنه إلا بترك الناس كلهم له، فلو ترك بعض الناس أشياء لكونها أصبحت غير صالحة لانتفاعهم بها ولكنها تصلح لانتفاع غيرهم بها -كالثياب القديمة- فإن اسم المال لا يزول عنها ما دام إمكان الحيازة والانتفاع موجودًا بالنسبة إلى بعض الناس.

---

(1) : الأستاذ مصطفى الزرقا: المدخل الفقهي العام (المجلد الثاني)، ص 112 - 199.

ثانيا: إن الخمر والخنزير ونحوهما من الأموال، لإمكان حيازتها والانتفاع بها لغير المسلمين، ولهذا فإن الخمر والخنزير ونحوهما مما لا يباح الانتفاع به في غير حالة الضرورة إذا كانا في حيازة ذمّيٍّ يكونان مالاً متقوما عند بعض الفقهاء؛ فإذا تعدى شخص على خمر أو خنزير لذمّيّ فإن مالكا وأبا حنيفة وصاحبيه يوجبون الضمان، سواء كان المعتدى مسلمًا أو ذميًا.

وتعريف المال بأنه ما يمكن حيازته، تدخل فيه المباحات الطبيعية جميعا قبل إحرازها، فهي أموال في ذاتها، كالسمك في الماء، والطير في الهواء، والوحش في البراري، والشجر في الغابات، إلخ.... وعدم ملكيتها لا ينافي ماليتها[1]

جـ - هل المنافع والحقوق تعتبر مالًا؟

الأشياء التي ينتفع بها الإنسان أنواع ثلاثة:

1 - أعيان: وهي الأشياء المادية التي لها مادة وجرم

2 - منافع: وهي الفائدة المقصودة من الأعيان، كسكنى الدار، وركوب السيارة، ولبس الثوب، وما شاكل ذلك.

3 - حقوق: وهي كل مصلحة تثبت للإنسان باعتبار الشارع؛ وقد تكون متعلقة بمال، كحق الشرب والمرور والتعلي؛ وقد لا تكون متعلقة بمال، كحق الحضانة على الصغير للأم، وحق الزوج على زوجته، وحق الولاية على القاصر.

---

1) عرّف بعض الفقهاء المال بأنه «ما يميل إليه طبع الإنسان ويمكن ادخاره إلى وقت الحاجة»، وهو تعريف غامض من وجه، وغير جامع من جهة أخرى، وكلاهما من عيوب التعريف. وبيان فساده يتضح كما يلي:

1 - إن طباع الناس تختلف في ميلها وتتناقض، فلا تصلح باطراد أن تكون أساسًا ومقياسًا لتمييز المال من غير المال.

2 - إن من المال أنوعًا لا يمكن ادّخارها كالخضروات والثمار الطازجة مع أنها أموال هامة بين الناس. والثمار المأكولة في بدء انعقادها على الشجر قبل نضجها لا يميل الطبع إليها وهي في هذا الطور، ولو قطعت وادخرت كانت عديمة الفائدة، لأنها لا يحتاج إليها بهذه الصفة، ومع ذلك فهي أموال يتغالى بقيمتها في هذه الحال باعتبار المآل، ويصح بيعها. والتعريف المذكور لا يشملها.

3 - إن من الأموال ما يعافه الطبع، كالأدوية الكريهة، وهي أموال ثمينة لا يشملها التعريف، إلا أن يراد بالميل ميل الإرادة.

4 - إن المباحات الطبيعية من الأموال، وفيها ما لا يمكن ادّخاره إلى وقت الحاجة لعدم القدرة عليه قبل الإحراز كالصيد بأنواعه.

اتفق الفقهاء على أن الأعيان أموال إذا أمكن حيازتها والانتفاع بها، كما اتفقوا على أن الحقوق المتعلقة بغير المال كحق الحضانة وحق الولاية على القاصر ليست بمال.

واختلفوا في الحقوق المتعلقة بالمال والمنافع؛ هل تعتبر من الأموال القِيمِيَّةِ في ذاتها أو لا تعتبر كذلك؟

1 - فذهب الحنفية إلى أنها ليست بمال؛ فعندهم أن المال يجب أن يكون ذا وجود خارجي، فلا يشمل المنافع، وكما يخرجون المنافع من معنى المالية يخرجون كذلك الحقوق المحضة، كحق التعلي، وحق الأخذ بالشفعة، وحق الشرب، والمسيل، والمرور.

ووجهة نظرهم في هذا أن المنفعة ليست شيئا ماديا موجودا، وإنما هي أعراض تحدث شيئا فشيئا على حسب حدوث الزمن. فلا تعتبر ثروة من المال لأنها لا يمكن فيها الإحراز والادخار؛ فالمنافع عندهم لا تدخل في حيّز الأموال وإنما يسمونها ملكا. ومن هذا المبدأ وضع قولهم المشهور أو نظريتهم القائلة «إن المنافع ليست ذات قيمة في نفسها وإنما ورد تقويمها في الشرع بعقد الاجارة على خلاف القياس»؛ فلا تقوم المنافع في غير الإجارة عندهم، لأن القاعدة أن ما ورد على خلاف القياس فغيره لا يقاس عليه.

2 - وذهب الأئمة «مالك والشافعي وابن حنبل» إلى أن المنافع والحقوق المتعلقة بالمال تعتبر أموالا متقومة في ذاتها لأنها هي المقصودة من الأعيان؛ فإن أثمان الحاجات والأشياء تقاس بين الناس بمنافعها ولولاها ما طلبت؛ وقد سوغ الشارع الحكيم أن تكون المنفعة مهرا في النكاح، والمهر يجب أن يكون مالا لقوله تعالى بعد تعداد المحرمات من النساء ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَاءَ ذَلِكُمْ أَن تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُم مُّحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ﴾[1].

* **ثـمرة هذا الخلاف**: وقد نشأ من اختلاف النظر في مالية المنافع وتقويمها في ذاتها اختلاف في مسائل عديدة متفرعة عن هذه النظرية الأساسية، أهمها وأشهرها المسائل الآتية:

1 - مسألة إلزام الغاصب بضمان أجر المثل عن منافع المغصوب، أو عدم إلزامه:

قالت الحنفية: إن من غصب دارا مثلا فسكنها لا أجرة عليه، لأن المنافع ليست مالا مقوما إلا استثناء بعقد الإجارة، ولا عقد بين الغاصب والمغصوب منه، وإنما يضمن الغاصب قيمة العين إذا تلفت، أو يضمن نقصانها إن تعيَّبَتْ في يده.

(1) سورة النساء، الآية 24.

وأما غير الحنفية: فإنّ من غصب شيئا كالسكنى ثم رده إلى صاحبه فإنه يضمن قيمة المنافع خلال مدة الغصب، سواء استوفى الغاصب منافعها أو عطلها، فقيمة منافع المغصوب تضمن بالفوات تحت اليد العادية.

2 - يجوز أن تكون منفعة الحر أو الدار ونحوهما صداقا عند الأئمة، لأن المنفعة مال؛ وقال الحنفية: لا يجوز، محتجين بقوله تعالى ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَاءَ ذَٰلِكُمْ أَن تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُم﴾[1]. قالوا: شرط في الإباحة الانتفاع بالأموال، والمنافع غير المال.

3 - قال الأئمة الثلاثة: إن الإجارة في المشاع جائزة، لأن النافع عندهم بمنزلة الأعيان القائمة، فلو أن الإنسان باع حصة شائعة من العين المشتركة جاز بيعه؛ فكذلك إجارة الحصة الشائعة لأنها بيع المنافع.

وقالت الحنفية: لا يجوز الإيجار في المشاع من غير الشريك، أما إيجار المشاع من الشريك الآخر فجائز عندهم كغيرهم.

4 - قال الأئمة: إن الإجارة لا تنفسخ بالأعذار، لأن المنافع بمنزلة الأعيان القائمة متقومة في ذاتها؛ ولو باع عينا ليس له أن ينقض البيع بالعذر، فكذلك ههنا ليس له نقض الإيجار بالعذر.

وقالت الحنفية: تنقض الإجارة بالأعذار، كما لو استأجر سيارة للسفر ثم عدل عنه، أو استأجر طبّاخا لوليمة ثم صرف النظر عنها، أو استأجر لقلع ضرس طبيبًا، أو لإجراء عملية جراحية، ثم سكن ألمه فعدل عن إجرائها.

5 - الإجارة لا تنقض بموت أحد العاقدين عند جمهور الأئمة، لأنه ملك المنافع بالعقد دفعة فتورث عنه؛ فالمنافع المعقود عليها كالأعيان من كل وجه، فلو مات البائع قبل التسليم فلا ينفسخ به البيع بل يصبح الوارث مسؤولا بالتسليم ما دام المبيع قائما في التركة، فكذلك الإجارة لا تنفسخ بموت أحد العاقدين.

وعند الحنفية: تنتقض الإجارة بموت العاقد، لأن المنافع المعقود عليها معدومة عند العقد، وإنما تحدث آنا فآنا، فلذا كانت الإجارة بمثابة عقود مستمرة تتجدد اعتبارا بين العاقدين بتجدد حدوث المنافع، فبموت أحدهما لم يبق مجال لافتراض تجدد العقد من

(1) سورة النساء، الآية 24.

جهته، بخلاف عقد البيع فإن آثاره تثبت جملة واحدة بمجرد انعقاده، فبقاء العاقد وموته بعد ذلك سواء؛ وهذا على عكس عقد الإجارة، فإنّ المنافع فيها لا تثبت جملة واحدة بل تحدث شيئا فشيئا، فلا وجود لها بعد موت العاقد، فلا تورث لأنها قد فاتت قبل الملك.

وهذا الذي قالوه منقوض عليهم بمن نصب شبكة فوقع فيها صيد بعد موته، فإن وارثه يملك الصيد بالوراثة بجريان السبب من حال الحياة؛ والسبب هنا هو العقد، وقد جرى في الحياة فقد وجد قبل الموت.

6 - إن الموصى له بالسكنى إذا مات ورث عنه لأن المنافع مال؛ وعند الحنفية لا يورث لأن المنافع ليست مالا.

7 - إذا رجع شهود الطلاق غرموا مهرا المثل بناء على أن منفعة البضع مال؛ وقال الحنفية: لا يغرمون لأن منافع العضو ليست بمال.

8 - إن الأجرة تملك بنفس العقد في الإجارة المطلقة بمنزلة الثمن في بيع الأعيان - وعند الحنفية تملك ساعة فساعة ويوما فيوما بحسب تجدد المنافع - فمهما لم يتمكن من الانتفاع لا تجب عليه الأجرة؛ وهذا إذا لم يشترط في عقد الإجارة خلافه، فلو اشترط تعجيل الأجرة كلها أو بعضها أو تقسيطها اتبع الشرط، فإن لم يكن شرط اتبع العرف، فإن لم يكن عرف يطالب بالأجرة يوما فيوما لتعذر الطلب ساعة فساعة[1].

* **الموازنة بين رأي الجمهور ورأي الحنفية:** ومن الواضح أن ما ذهب إليه جمهور الأئمة من إلحاق المنافع بالأعيان في كونها مالا متقوما هو أحكم وأمتن وأكثر انسجاما مع حكمة التشريع ومصلحة التطبيق - وصيانة الحقوق من رأى الحنفية - فإن اعتبار المنافع غير ذات قيمة في نفسها - كما رأى الحنفية - ليس عليه دليل واضح قوي من أدلة الشريعة، لا من نصوصها ولا من أصولها، وإنما هو غلو في النزعة المادية.

إن مشروعية عقد الإجارة بنصوص الكتاب والسُّنّة دليل ناطق بأن الشريعة الإسلامية قد اعتبرت المنافع متقومة في ذاتها، حتى أقرت التزام البدل في مقابل الانتفاع، كما أقرت التزام الثمن في مقابل امتلاك العين بالشراء سواء بسواء.

---

(1) راجع ثمرة الخلاف في مالية المنافع وتقويمها في ذاتها.
الأشباه والنظائر للإمام تاج الدين السبكي ج 2 ص 278 - 280 . والأستاذ محمد مصطفى شلبي المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي ص 332 .

وادعاء أن عقد الإجارة شرع على خلاف الأصل غير مسلم، ولئن سلم أنه وارد على خلاف القياس فغير مسلم به أن مخالفته للقياس من جهة كون المنافع غير متقومة في ذاتها بل إنما هي من جهة أن المنافع المعقود عليها معدومة عند العقد، غير أننا نقول: إنها وإن كانت معدومة في حال العقد فهي مستوفاة في الغالب؛ والشرع إنما لحظ عن هذه المنافع ما يستوفي في الغالب، أو يكون على الأقل استيفاؤه وعدم استيفائه على السواء.

ومما لا شك فيه أن ملك العين ليس مقصودا لذات العين بل لمنافعها، ولولا منافعها ما طلبت، فالمنافع يجب أن تعتبر أساسا في التقويم؛ وقد تزيد قيمة المنافع المستوفاة من الشيء في مدة طويلة على قيمة عينه، فكيف يعقل إهدار قيمتها واعتبارها كالعدم؟ بل كيف يتزن أن يكون المنتفع بمال الغير غصبا لا أجر عليه لمجرد أنه عرضة لأن يضمن قيمة العين إن هلكت؟ مع أنه في كل حال وإن أعاد العين المغصوبة سالمة فهو على أقل تقدير متسبب في ضرر المالك بحرمانه منافع ملكه مدة بقاء المغصوب عنده؛ والمتسبب المتعدي ضامن للأضرار كالمباشر، ومن قواعد الشريعة "الضرر يزال" لقوله عليه الصلاة والسلام: «لاَ ضَرَرَ وَلاَ ضِرَارَ»؛ ومن أول ما تشتمله هذه القاعدة ضمان المتلفات لحفظ حق المال لصاحبه الذى أتلف عليه.

ولو أن مالك المال المغصوب أراد أن يسد حاجاته إلى منافع ماله المغصوب خلال مدة بقاء المغصوب في يد غاصبه لما استطاع ذلك إلا بعوض يستأجر به ما يقوم له مقام المغصوب؛ فكيف لا يحق له أخذ البدل عن منافع ما غصب منه وقد يكون مضطرا في استئجار ما يقوم له مقام المغصوب؟

على أن المتأخرين من الحنفية لاحظوا سيئات النتائج وإضاعة الحق التي تؤدى إليها نظريتهم القائلة بعدم ضمان المغصوب، فقصروا من أذيالها وضيقوا من دائرة شمولها، فاستثنوا من عدم الضمان ما إذا كان المغصوب مملوكا ليتيم، أو عينا موقوفة، أو شيئا معدا للاستغلال، فأفتوا بالتضمين في هذه المواضع الثلاثة، فأوجبوا على الغاصب التزام ضمان أجر المثل قيمة للمنافع، وعللوا ذلك باقتضاء المصلحة، لأن سلطان الدين في النفوس قد ضعف وتجرأ الناس على الغصب وهم آمنون من الضمان، فوجب إلزامهم ضمان أجر المثل في هذه المواضع الثلاثة زجرا للناس عن التعدي.

ولا يخفى أن ما صلح من الاعتبارات المذكورة أن تكون به المنافع كالأعيان مالا مقوما مضمونا بالغصب - فيما يتعلق باليتيم، والوقف والأموال المعدة للاستغلال - يصلح أن تعتبر به المنافع مضمونة في كل غصب، لأن المعنى الذي استثنوا بسببه هذه المواضع الثلاثة فأوجبوا فيها الضمان موجود بالنسبة إلى جميع المنافع، فينبغي الإفتاء بالضمان كذلك في سائر الأحوال رعاية لمصلحة المجتمع وزجرا عن العدوان الذي أصبح معظم الناس لا يتحامونه لمجرد حرمته إذا لم تقترن بالمسؤوليات.

وكم من نظرة أو حكم اجتهادي كان يمكن قبوله لماكان الدين غضا في النفوس يثمر التقوى فيها، وكان الورع حاجزا لها، ثم تبدل وجه النظر والحكم لما فشا الفساد وسادت الأطماع وأصبح الأمر محتاجا إلى وازع من التبعات المادية لما ضعف وازع الايمان، فمتى يضعف الوازع الديني في زمن أو قوم أو في أحوال بحيث يظن أن الدافع إلى مخالفة الوازع الديني أقوى على أكثر النفوس، هنالك يصار إلى الوازع السلطاني فيناط التنفيذ عليه ولذلك قال عثمان رضي الله عنه: «يزع الله بالسلطان ما لا يزع بالقرآن».

و اعلم أن المنافع المختلف فيها، والتي ذهب الحنفية إلى عدم إلزام الغاصب بضمان أجرة المثل عن منافع المغصوب، المراد بها إنما هي الأعراض المقابلة للأعيان، كمنفعة الدار للسكنى والسيارة للركوب أو الحمل؛ وأما ثمرة الأعيان المغصوبة المتولدة منها، كالثمار الناتجة من الشجر والزرع الثابت في الأرض فإنه لا خلاف في كونها مالا.

المبحث الثاني: تقسيم المـال:

عُنِيَ الفقهاء ببيان أنواع المال لأن الأحكام تختلف تبعا لاختلاف أنواعه فقسموه عدة تقسيمات باعتبارات مختلفة؛ فقسموه:

باعتبار ما له من حرمة وحماية إلى متقوم وغير متقوم.

وباعتبار استقراره في محله وعدم استقراره إلى عقار ومنقول.

وباعتبار تماثل أجزائه وآحاده وعدم تماثلها ينقسم إلى مثلي وقيمي:

أولا: تقسيم المال إلى متقوم وغير متقوم:[1]

ما يصدق عليه اسم المال شرعا، منه ما هو مباح لنا الانتفاع به، ومنه ما هو محرّم علينا؛ وما أبيح الانتفاع به إذا حازه شخص وملكه جعل الشارع له حماية وحرمة لحق مالكه، فإذا توافر للمال الحيازة بالفعل وإباحة الانتفاع به في حالة الاختيار سمي عند الفقهاء بالمال المتقوم ، وإذا انعدم أحد الأمرين كان المال غير متقوم.

فالمال المتقوم: هو «ما حيز بالفعل وجاز الانتفاع به شرعا في حالة الاختيار».

أما غير المتقوم: فهو ما ليس كذلك، فيشمل:

1 - ما أبيح الانتفاع به قبل حيازته مثل المباحات الطبيعية قبل إحرازها، كالسمك في الماء والطير في الهواء والوحش في البراري، فإن ذلك مال غير متقوم لعدم إحرازه وحيازته.

2 - وما حيز بالفعل لكن لا يباح الانتفاع به في غير حالة الضرورة، وذلك كالخمر والخنزير في حيازة مسلم، وكالحيوان المأكول إذا خنق خنقا أو وُقِذَ وَقْذًا دون أن يذبح بالطريقة الشرعية، فكل ذلك مال غير متقوم بالنسبة إلى المسلم.

ولكن عدم التقويم لا ينافي الملكية، فقد تثبت الملكية للمسلم على مال غير متقوم، كما لو تخمر العصير عنده، أو أسلم وعنده خمر أو خنزير لأن الملكية تثبت على المال، والمالية ثابتة في غير المتقوم.

* فائدة هذا التقسيم تظهر في:

1 - في الضمان عند التعدي؛ فالمال المتقوم يضمنه من اعتدى عليه، بمثله أو قيمته على حسب نوعه، وغير المتقوم لا يضمن متلفه شيئا حيث لا حرمة له؛ فلو كان الخمر أو الخنزير أو الحيوان المخنوق أو الموقوذ في حيازة مسلم فأتلفه أحد لا يكون مضمونا على متلفه، إذا لا حرمة له لعدم إباحة الانتفاع به شرعا فلا قيمة له، بخلاف ما إذا كان في حيازة ذمّي.

---

(1) انظر في هذه التقسيمات الأستاذ مصطفى الزرقا: المصدر السابق، ص 123 والأستاذ مصطفى شلبي: المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي، ص 333 .

2 - في صحّة التصرّف وعدمها؛ فالمال المتقوم يصح التصرف فيه بجميع العقود التي ترد على المال كالبيع والهبة والإجارة والإعارة والرهن والوصية والشركة ونحوها - إذ يشترط لصحة العقد أن يكون متقوما - وغير المتقوم لا يصح التصرف فيه بشيء من ذلك لأن عدم التقويم ينافي ورود العقود من المسلم على المال غير المتقوم، فلو باع مسلم خمرا أو خنزيرا كان هذا البيع غير صحيح - وسبيل الخمر مثلا إذا ملكها مسلم أن يريقها أو يخللها، وسبيل الخنزير أن يسيبه، وأما إذا كان الخمر أو الخنزير في حيازة ذمّيّ فإنه يكون مالا متقوما في نظر بعض الفقهاء، فإذا تعدى شخص على خمر يملكها ذمّيّ وجب ضمانها، لأنها ما دامت متقومة في حقهم معصومة فتضمن، وهذا قول أبي حنيفة ومالك - ولو باعها ذمّيّ صحّ منه بيعها عند بعض العلماء لتقومها في حقه.

والدليل على أن الخمر والخنزير ونحوهما مال متقوم لأهل الذمة، وأن الذّمّيّ إذا تصرف فيها بالبيع ونحوه اعتبر تصرفه صحيحا، هو قول عمر رضي الله عنه: «ولهم بيعها وخذوا العشر من أثمانها»، فدل على أن الاعتبار في تصرفات الكفار باعتقادهم لا باعتقادنا - وهذا خلافا للشافعية، فعندهم أن الاعتبار في تصرفات الكفار باعتقادنا لا باعتقادهم، ومن ثم إذا أتونا بما نتيقن أنه من ثمن خمر لا نأخذه في الجزية لكونه حراما عندنا[1] ، والمسألة مبسوطة في باب الجزية وحل ذبائح أهل الكتاب.

واعلم أن الأصل في الأموال جميعا أن تكون متقومة أي مباحة الانتفاع ومحلا صالحا للعقود، فقد قرر علماء الشريعة قاعدة «الأصل في الأشياء الإباحة» إلا ما حرمه الشرع، فالتحريم حالة استثنائية تتوقف على ورود النص، وأساس ذلك قوله تعالى: ﴿**هُوَ الذِي خَلَقَ لَكُم مَّا فِي الأَرْضِ جَمِيعًا**﴾[2] ذكر ذلك في معرض الامتنان؛ واللام للاختصاص، فدلت الآية على أن ما في الأرض مختص بالعباد على جهة الانتفاع به، وكذا قوله تعالى: ﴿**أُحِلَّ لَكُمُ الطَّيِّبَاتُ**﴾[3] وقوله تعالى: ﴿**قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ اللَّهِ الَّتِي**

---

(1) فلو ذبح الكِتابي حيوانًا يرى تحريمه كالإبل جاز للمسلم أكله عند من يرى أن العبرة باعتقادنا، ويمنع آكله عند من يرى أن الاعتبار باعتقادهم لا باعتقادنا، ولو ذبح الكتابي حيوانًا وفتش كبده فوجده ملصوق الكبد بالأضلاع. قال مالك: لا نأكله لكونه حرامًا عندهم، وقالت الشافعية: نأكله لأن العبرة باعتقادنا وهو حلال عندنا - الإمام ابن السبكي. الأشباه والنظائر ص 274 .

(2) سورة البقرة، الآية 29.

(3) سورة المائدة، الآية 5.

أَخْرَجَ لِعِبَادِهِ وَالطَّيِّبَاتِ مِنَ الرِّزْقِ﴾[1] لأنه استفهام إنكار، فيدل على امتناع تحريم مطلق الزينة – ويلزم من امتناع تحريم الزينة أن لا يحرم شيء من آحادها – ويدل عليه أيضا قوله تعالى: ﴿اللَّهُ الَّذِي سَخَّرَ لَكُمُ الْبَحْرَ﴾[2] إلى قوله تعالى: ﴿وَسَخَّرَ لَكُم مَّا فِي السَّمَوَاتِ وَمَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا مِّنْهُ﴾[3] فالحرمة استثنائية محتاجه إلى نص أو دليل خاص.

ثانيا: تقسيم المال إلى العقار والمنقول:

لا خلاف بين الفقهاء في أن الأعيان المالية تنقسم إلى عقار ومنقول وأنه لا ثالث لهما، كما أنه لا خلاف بينهم في أن ما لا يمكن نقله وتحويله من مكان إلى آخر عقار، وأن ما يمكن نقله وتحويله من مكان إلى مكان آخر مع بقاء صورته وهيئته منقول.

وإنما النزاع بينهم فيما يمكن نقله مع تغيير في صورته وهيئته عند النقل كالبناء والأشجار المتصلين بالأرض هل هو عقار أو منقول؟

1 - فقال المالكية: إن المنقول هو ما يمكن نقله مع بقاء هيئته وصورته الأولى، والعقار ما عدا ذلك. فهم يعتبرون البناء والغراس القائمين من العقارات، لأنهما متصلان بالأرض اتصال قرار وغير قابلين للنقل مع البقاء على شكلهما، بل يتغيران بالنقل من حال، إلى حال فيصبح الشجر حطبا والبناء أنقاضا، فالمحافظة على صفتهما بلا ضرر أو خلل تقتضي ثبات أعيانهما، وهذا الثبات يوجب أن يكون عقارا كالأرضين.

2 - وأما الحنفية، فالمنقول عندهم كل مال يمكن نقله وتحويله من مكان إلى آخر، سواء بقي على صورته الأولى كالحيوان والمعادن من الذهب والفضة والحديد ونحوها من المثليات والقيميات كالسفن والطائرات، أو تغيرت صورته أو هيئته بالنقل كالبناء والأشجار.

وأما العقار فهو ما لا يمكن نقله وتحويله أصلا. وهذا لا يصدق إلا على الأرض خاصة، فالبناء والشجر ولو كانا قائمين على الأرض يعتبران عند الحنفية من المنقولات – ولذلك لا يجرى فيهما حق الشفعة إذا بيعا منفردين عن الأرض، لأن حق الشفعة

(1) سورة الأعراف، الآية 32.

(2) سورة الجاثية، الآية 12.

(3) سورة الجاثية، الآية 13.

مقصور على العقار، غير أنهم يلحقون البناء والشجر بالعقار حكما على سبيل التبعية له في التصرف الوارد على العقار بما فيه من بناء وشجر، فلو بيعت دار أو أرض مشجرة فإنه يتناول حق الشفعة البناء والشجر مع الأرض، فالبناء والشجر عند انفرادهما عن الأرض يعتبران من المنقولات، وهما مع الأرض عقار بالتبعية.

* **ثمرة الخلاف:** وفائدة هذا التقسيم تظهر في كثير من الأحكام عند التطبيق، منها الشفعة - فالبناء والشجر القائمان على الأرض يعتبران من المنقولات عند الحنفية فلا يجري فيهما حق الشفعة - وعند المالكية يعتبر الغراس والبناء المتصلان بالأرض عقارًا فيجري فيهما حق الشفعة إذا بيعا بانفرادهما، وتظهر كذلك في حكم تصرف المشتري في الشيء الذي اشتراه قبل قبضه، فمنهم من منع بيع السلع قبل قبضها مطلقا، ومنهم من منع بيع الطعام فقط، ومنهم من أجاز البيع في العقار قبل القبض لأن العقد لا يخشى انفساخه قبل قبضه، ومنع في غير العقار قبل توفيته.

وتظهر كذلك ثمرة التقسيم في تصرف الوصي في مال الصبي، وبيع أموال المحجور عليه بسبب الدين، فإنه يختلف باختلاف المال وتنوعه إلى عقار ومنقول.

ثالثا: تقسيم المال إلى مثلي وقيمي:

المال ينقسم من جهة ثالثة إلى مال مثلي، وآخر قيمي:

فالمال المثلي: ما تماثلت آحاده من غير تفاوت في أجزائه أو وحداته بحيث يمكن أن يقوم بعضها مقام بعض دون فرق يعتد به - كالمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة من البرتقال والليمون والبيض وغير ذلك، وكالثياب المصنوعة من قماش معين ومقاس معين، وكالأحذية والجوارب المتحدة النوع والصنعة، وأدوات الأكل وأوانيه، والكتب المطبوعة الموجودة في السوق.

أما المال القيمي: فهو ما لا يوجد له مثل أصلا كالتحف النادرة، أو يوجد له نظير ولكن مع تفاوت يعتد به في التعامل، كالحيوانات والأشجار والبناء، والعدديات المتفاوتة كالبطيخ ونحوه، والأحجار الكريمة كالماس والياقوت، والكتب المخطوطة.

ومن القيمي الأموال التي هي في الأصل مثلية ولكن انقطعت من السوق، ككتاب مطبوع معين ولكن نفدت نسخه من السوق فصار نادرا مفقودا فيعتبر قيميا.

* **توضيح مبدأ قيمية الأموال ومثليتها:** لتوضيح كون الأموال قيمية أو مثلية نقول:

- المال تارة يكون النوع أو الصنف منه تتفاوت آحاده بحيث يكون لكل فرد منها اعتبار خاص وقيمة له تختلف عما للفرد الآخر، وذلك كأفراد الحيوان ولو من نوع واحد، وكالأراضي والشجر والدور والحوانيت... إلخ.

- وتارة لا تتفاوت آحاده ولا أجزاؤه، بحيث إن كل كمية منه إذا ساوت سواها قدرا في الصنف الموحد المتميز المعين تساوتا أيضا قيمة، بحيث لا يكون هناك بين الكميات من فرق في القيمة يعتد به عادة إلا من حيث تفاوت مقاديرها. وذلك كالسمن والزيت والقمح والشعير والملح والتمر والزبيب والجوز واللوز والحطب والدراهم والدنانير والمعادن بجميع أنواعها والفواكه والورق، وكالمنسوجات المحكمة الصنعة مثل الجوخ وسائر المنسوجات القطنية والحريرية في عصرنا هذا فكل ذراع أو متر يساوي أخاه، وكذا الأخشاب التي تأتي بأصناف ومقاييس واحدة وتباع بالمتر المكعب أو المربع أو بالطول فكلها مثلية إذا كانت من صنف واحد وصفة متماثلة.

فإن كل واحد من هذه الأصناف وأشباهها يعد بين الناس بعض أجزائه مساويا في القيمة للبعض الآخر إذا تعادلت الكميات ويقوم بعضه مقام بعض في التداول والوفاء، بخلاف ما تتفاوت آحاده - وهو القسم الأول - فإن القطعة من الأرض مثلا لا تتساوى حتما مع القطعة المجاورة لها وإن كانت مساحتهما متساويتين، وكذا الرأس الواحد من الغنم أو البقر أو الخيل لا يتساوى مع الآخر في القيمة لما بينهما من تفاوت في وجوه شتى، وهكذا الدور والحوانيت والمصوغات من الحلي والجواهر والمفروشات الأثاثية، فكل فرد من هذه وأمثالها له قيمة خاصة بحسب مادته أو صفته أو طبيعته أو صنعته أو حجمه أو بحسب مجموع ما فيه من مميزات تختلف عما سواه ، وكذلك المذروعات التي تتفاوت آحادها وأجزاؤها كالنسيج غير متماثل الأجزاء.

فالقسم الأول: وهو الذي تتفاوت آحاده وأجزاؤه سمي «**قيميا**» نسبة إلى القيمة التي يتفاوت بها كل فرد عن سواه.

والقسم الثاني: وهو الذي تتماثل آحاده وأجزاؤه يسمى «**مثليا**» نسبة إلى المثل، لأن كل نوع منه بعضه مثل بعض. ومن أمثلة هذا القسم - بالإضافة إلى ما تقدم - الأشياء الصناعية التي من صنع المعامل الآلية الحديثة مثل مصابيح الكهرباء من صنف واحد

والكؤوس الزجاجية المعدنية وأباريق البلور بل والمحركات والمضخات بسائر أجهزتها، فإنها كلها من المثليات.

ثم يشترط لكون المال مثليا أن يوجد له بالفعل أمثال تحت التداول في الأسواق، فلو أصبح نادرا أو مفقودا اعتبر قيميا ولو كانت آحاد لا تتفاوت، وكذا لو اختلط مالان مثليان من جنسين مختلفين بصورة لا تقبل التمييز يكون الحاصل المختلط قيميا لأنه لم يبق له مماثل في حاله الحاضرة.

* **فائدة تقسيم المال إلى مثلي وقيمي:** تظهر فائدة التقسيم في بعض الأحكام :

1 - إن الأموال المثلية تقبل أن تثبت في الذمم ثبوت الديون فتؤدى بمثلها فالحق من المثلي يتعلق بمقدار غير متعين بذاته في الخارج بل يتعين بالوصف غالبًا فتشغل به الذمة، والملتزم به يوفي بدينه من أي الأموال المماثلة لما التزم به جنسا وصفة ولا يتقيد بعين معينة يريدها صاحب الدين.

فمن استقرض مبلغا من النقود أو باع كمية من القمح الموصوف إلى شهر مثلا أومائة من ألواح البلور كذلك أو عشرة أرطال من الزيت أو السمن فيكون كل هذا التزامًا بدين في ذمته يوفيه من أي كمية من النقود أو القمح أو البلور أو الزيت أو السمن تتوافر فيه أوصاف هذا الدين.

أما الأموال القيمية فإنها لا تقبل الثبوت في الذمم فلا تكون بذاتها دينا أبدا، فيجب أن تكون موجودة متعينة في الخارج. فلا يمكن بيع شيء من الدور والحوانيت والمصوغات أو رأس من الغنم أو البقر مثلا إلا ورد العقد على واحد موجود مشخص متميز عن سواه.

«وذلك لأنَه لَوْ شغلت الذمة بذات المال القيمي لصح للملتزم أن يوفي دينه بأي فرد كان من أمثاله، وقد رأينا أن المال القيمي لا مثل له لتفاوت كل فرد من أفراده عن الآخر في الأوصاف والقيمة».

2 - إن عقد القرض لا يجري في القيميات، وإنما يجري في المثليات من نقود أو أعيان أخرى كالقمح والشعير، لأن القرض يثبت به المال المقبوض دينا في الذمة يوفى برد مثله، والقيمي لا مثل له فلا يثبت في الذمة. ومن العلماء من يجوز القرض في كل مال، ومنهم من جوزه في كل ما ينضبط في عرف محل العقد من مكيل وموزون وثياب وحيوان، وهذا قول المالكية.

3 - إن الأموال المثلية يجب بإتلافها ضمان مثلها لا قيمتها، لأن المثل أقرب إلى الأصل من القيمة، والواجب في التعويض القرب من الأصل المعوض عليه بقدر الإمكان، لأن تعويض الضرر قضاء عن شيء فائت. ومن القواعد الفقهية: «الضرر يدفع بقدر الإمكان» فعند إمكان الأقرب لا يصار إلى الأبعد، وتضمين المثل يخلف المال المتلف، أما تضمين القيمة فيخلف ماليته لا ذاته.

4 - ويظهر الفرق بين المال المثلي والقيمي أيضا في قسمة المال المشترك، فإن القسمة فيها معنيان: إفراز الحقوق وتمييزها، والمبادلة أي تبادل الأنصباء بعضها عن بعض، إلا أن معنى الإفراز راجح في قسمة المال المثلي، ومعنى المبادلة أرجح في قسمة المال القيمي، ومن هنا جاز لكل شريك بعد القسمة أن يأخذ نصيبه في غيبة الشريك الآخر من دون إذنه إذا كان المقسوم مثليا لعدم التفاوت في الأنصباء، أما إذا كان المقسوم قيميا فلا يجوز له ذلك للتفاوت بين النصيبين فهو في معنى المبادلة، فلا بد من موافقة الطرف الآخر.

المبحث الثالث: المـــال والملك:

علمنا من الكلام على المال أنه مخلوق من أجل الإنسان، وأن المالية لا تثبت للشيء إلا بتمول الناس له، وأن تَقَوُّمَه يكون بحيازته وإباحة الانتفاع به، فهناك إذا علاقة بين الإنسان والمال، هذه العلاقة هي التي تكسبه خواصه المالية وخواصه الشرعية التي أقرها الشارع، من صحة التصرفات فيه، ووجوب ضمانه عند الاعتداء عليه، فحيثما أقر الشارع هذه العلاقة بين الإنسان والمال ثبت الملك فيصبح الإنسان مالكا والمال مملوكا. فالملك معنى نسبي يعين الصلة بين الإنسان والمال، والملكية نسبة إلى الملك.

أ - تعريف المـلك:

الملك في اللغة احتواء الشيء والقدرة على الاستبداد به أي الانفراد بالتصرف فيه، وأما في اصطلاح الفقهاء فأحسن ما قيل فيه.

إن الملك هو «اختصاص بالشيء يمنع الغير عنه ويمكن صاحبه من التصرف فيه ابتداء إلا لمانع شرعي»[1].

---

(1) الأستاذ محمد مصطفى شلبي - المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي ص 339.
وانظر أيضا في تعريف الملك، مواهب الجليل للحطاب جـ - ص 226.

فإذا حاز الشخص المال بطريق مشروع أصبح مختصا به، وهذا الاختصاص يبيح لصاحبه الانتفاع به والتصرف فيه ويكون حاجزا عن تصرف غيره فيه من دون إنابته.

والانتفاع والتصرف يكون بوجهين: انتفاع وتصرف يتولاه المالك بنفسه، وانتفاع يتولاه النائب عنه، والنائب قد يكون باستنابة المالك، وذلك إذا لم يوجد مانع شرعي يمنعه من التصرف فله أن يتوصل إلى الانتفاع بملكه بنفسه أو استنابة غيره.

وقد يكون النائب بغير استنابة من المالك، كما إذا وجد مانع شرعي يمنع المالك من التصرف بنفسه كالجنون أو العته أو الصغر أو السفه ونحوها فهذا لا يملك التصرف بنفسه بل يتصرف عنه نائبه إذا كانت له صفة شرعية تبيح له التصرف من ولاية أو وصاية، فوليّ القاصر أو القيم على المجنون أو المعتوه أو السفيه وكذا الوصي لا يكون مالكا لما يتصرف فيه، بل القاصر أو المجنون... هو المالك، فوجود هذا المانع من التصرف لا ينافي الملك، ولولا هذا العارض الذي عرض له لملك التصرف[1].

ما يقبل الملك من الأعيان وما لا يقبله: الملك إذن شرعي خاص والأعيان لا تقبله إلا باعتبار منافعها، فقد يكون العين لا منفعية فيه أصلاً، وقد تكون له منفعة محرمة، أو تكون له منفعة تعلق بها حق آدمي.

1 - فما لا منفعة فيه كخشاش الأرض فلا يقبل الملك لأن الإذن فيه عبث.

2 - وما له منفعة محرمة كالخمر ونحوها من المسكرات المحرمة فلا يقبل الملك أيضا لأن الإذن فيه بالملك متناقض مع تحريمه.

3 - وما له منفعة تعلق بها حق آدمي كا لحُرّ لتعلق حقه بنفسه، وكالوقف لتعلق حق الموقوف عليه به، فهذا أيضا لا يقبل الملك، لأن الإذن فيه بالتملك مبطل لذلك الحق.

وبقي النوع الرابع وهو ما فيه منفعة ليست محرمة ولا تعلق بها حق آدمي فيقبل الملك لأجل منفعته، إلا أن هذا قسمان:

- قسم يمتنع صونا لمكارم الأخلاق من الفساد، كإجارة الأرض على القول بأنها لا تؤجر مطلقا، لأن ذلك كان قديما من الأمور المنافية لمكارم الأخلاق، ولذلك قال ﷺ: «من كانت له أرض فليزرعها أو يمنحها أخاه».

---

(1) : شهاب الدين القرافي «الفرق الثمانون والمائة» تهذيب الفروق المطبوع، على هامشه.

- وقسم سلم من هذه الموانع، فهذا هو القابل للملك والتصرف بأسباب الملك على اختلافها، وهذا نظائره كثيرة كالأنعام والعقار وغيرهما[1].

ثم إن المال القابل للتملك قد يعرض لبعض أنواعه عارض يجعله غير قابل للتملك والتمليك في جميع الأحوال أو في بعضها، فهناك:

1 - نوع لا يقبل التملك ولا التمليك بحال من الأحوال، كالأشياء المخصصة للمنافع العامة، مثل الطرقات العامة والجسور والأنهار العظيمة والحدائق العامة وغيرها، فهذه الأشياء ونحوها غير قابلة ما دامت مخصصة للمنافع العامة، فلو زالت عنها هذه الصفة العامة عادت إلى كونها مالا قابلا للملك.

2 - نوع لا يقبل التملك إلا بمسوغ شرعي كالأعيان الموقوفة وأملاك بيت المال، فالوقف لا يجوز بيعه إلا إذا تهدم أو أصبحت نفقاته أكثر من غلاته، وكذا بيت المال لا يباع إلا لضرورة.

3 - وما عدا هذين النوعين السابقين يصح تملكه وتمليكه.

ب - أنواع الملك:

الاختصاص بالشيء الذي هو معنى الملك إما أن يقع على ذات الشيء «عينه» ومنافعه معا، أو يقع على منافعه فقط، أو يقع على ذاته فقط، فإذا وقع على إحداهما كان ملكا ناقصا، وإذا وقع عليهما كان تاما، ومن هنا انقسم الملك إلى تام وناقص.

فالملك التام: هو ما ثبت لذات الشيء ومنفعته معا بحيث يثبت معه للمالك فيهما جميع الحقوق المشروعة.

وأما الملك الناقص: فهو ما ثبت لواحد منها فقط؛ فهو نوعان: إما ملك الرقبة وحدها، أو المنفعة وحدها.

I - **النوع الأول ملك العين وحدها:** ويوجد إذا كانت العين مملوكة لشخص والمنفعة مملوكة لآخر. وهذا قليل وخلاف الأصل في ملكية الرقبة التي من خصائصها أن تستتبع المنفعة، لأن المقصود من ملك العين هو الانتفاع بها، فإذا ثبت ملك العين من دون الانتفاع، كان ذلك خلاف القواعد في الملك، إلا أنه تسومح فيه تشجيعا على أعمال البر في نهاية الحياة، حيث إنه لا يثبت إلا عن طريق الوصية في صورتين هما:

---

(1) المصدر السابق «الفرق الرابع والثمانون والمائة».

1 - إذا أوصى المالك بمنفعة عين لشخص إما طول حياة الموصى له أو مدة معلومة ومات الموصي فإن ورثته في هذه الحالة يملكون بالإرث رقبة تلك العين فقط، وللموصى له إذا قبل الوصية ملك المنفعة طول حياته أو المدة المحددة - وعلى الورثة تسليم العين للموصى له بالانتفاع، فإن امتنعوا أجبروا على ذلك - وبعد انتهاء مدة الوصية أو موت الموصى له يصبح ملك الورثة تاما - «وإن مات الموصى له قبل انتهاء المدة المحددة فمن يرى أن المنفعة لا تورث» - وهم الحنفية - يوجب على ورثة الموصى له تسليم العين لورثة الموصي، ومن يرى أن المنفعة تورث كالعين - وهم جمهور الأئمة - يقول: ورثة الموصى له يحلون محله فيملكون منفعة العين إلى انتهاء المدة المحددة.

2 - إذا أوصى مالك عين لشخص بمنفعتها مدة محددة أو مدة حياته، وأوصى برقبتها لشخص آخر، وبعد موت الموصى قبل كل منهما الوصية، فإن ملك كل منهما ناقص، فالموصى له بالعين يكون مالكا لرقبتها وحدها مدة انتفاع الموصى له بالمنفعة، فتسلم العين إلى صاحب المنفعة ليستوفي حقه، فإذا انتهى عادت المنفعة إلى تبعيتها للرقبة، فيصبح مالك الرقبة مالكا للمنفعة ويصبح ملكه تامّا.

- **خصائص هذا النوع**: إن صاحبه ليس له الانتفاع بأي وجه لا بنفسه ولا بتمليكه لغيره، وليس له التصرف في العين تصرفا يضر بملك المنفعة، وليس له أن يبيع العين لغير مالك المنفعة إلا بإذنه عند بعض الفقهاء - وعند آخرين يجوز لمالك العين أن يبيعها من دون إذن مالك المنفعة، وتنتقل الملكية عندئذ محملة بحق مالك المنفعة - وإذا مات مالك العين تورث عنه - ولا ينتهي ملكه إلا بموته أو بهلاك العين نفسها أو بتمليكها لغيره - وإذا أتلف العين ضمن قيمة المنفعة لمالكها[1].

النوع الثاني: ملك المنفعة: هل ملك المنفعة وملك الانتفاع شيء واحد أو هما متغايران؟ في ذلك خلاف.

فذهب فريق من الفقهاء منهم المالكية إلى التفرقة بينهما، فملك المنفعة عبارة عن اختصاص حاجز للغير يبيح لمن ثبت له أن يباشر استيفاء المنفعة بنفسه أو يمكن غيره من الانتفاع سواء كان التمكين للغير بعوض كالإجارة أو بغير عوض كالعارية.

---

(1) الأستاذ محمد مصطفى شلبي (المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي) ص 342 - 343.

فمن استأجر دارا أو استعارها فقد ملك المنفعة بهـذا العقد واختص بها - وهذا حاجز لغيره عنها، فله أن يستوفيها بنفسه وأن يملكها لغيره بعوض أو بغير عوض، كأن يؤجرها من غيره أو يسكنه بغير عوض - فيتصرف في هذه المنفعة تصرف الملاك في أملاكهم على جري العادة على الوجه الذي ملكه - فتمليك المنفعة تمليك مطلق في زمن خاص حسبما تناوله عقد الإجارة، فمن شهدت له العادة في العارية بمدة معلومة كانت تلك المدة ملكا على الإطلاق، يتصرف كما يشاء بجميع أنواع التصرف السائغة في المنفعة في تلك المدة.

أما ملك الانتفاع فهو عبارة عن الإذن للشخص في أن يباشر حق الانتفاع بنفسه فقط، كحق الانتفاع بالمنفعة العامة كالطرق والأنهار والمدارس والمصحات وغيرها نتيجة إذن عام، وكحق الانتفاع بملك شخص معين أذن له به صاحبه كركوب سيارة الغير أو القراءة في كتبه أو السكنى في بيته بإذنه - وهذا الحق لا يفيد ملك المنفعة للمأذون له فلا يملكه لغيره، فيمتنع في حقه أن يؤاجر أو يعاوض بطريق من طرق المعاوضات أو يسكن غيره لبيت أذن له صاحبه أن يسكن فيه، لأنه إنما أذن له الانتفاع بنفسه فقط.

وأسباب ملك الانتفاع فقط هي: إمَّا كون الأشياء المنتفع بها مخصصة لمنفعة الناس كلهم كالطريق، أو مخصصة لفريق خاص، كما إذا وقف شخص داره لسكنى طلبة فقراء أو غرباء وكالمصحات للمرضى... وإمَّا إباحة المنفعة من مالك معيِن، فمن ثبت له هذا الحق لا يملك أن يملكه لغيره[1].

وملك المنفعة يثبت بأسباب أربعة هي: الإجارة ، والإعارة، والوقف، والوصية .

وذهب بعض الفقهاء إلى أن ملك المنفعة وحق الانتفاع شيء واحد، وأن إطلاق الحق وتقييده بالانتفاع الشخصي لا يرجع إلى اختلاف نوع الحق وإنما يرجع إلى السبب الذي أثبت هذا الحق، فإذا كان السبب مقيدا اقتصر استيفاء الحق على صاحبه، وإن كان السبب غير مقيد لا يقتصر عليه بل له أن يستوفيه بنفسه وله أن يُملكه لغيره. فطبيعة الحق الذي تملكه الشخص قد يكسب صاحبه أن ينتفع بنفسه وأن يملك غيره

---

(1) : الفروق للقرافي «الفرق الثلاثين» جـ 1 - ص 187.
- تهذيب الفروق المطبوع على هامشه.

هذه المنفعة، كما إذا أوصى شخص لآخر بمنافع داره لينتفع بها كيفما يشاء فإن للموصى له أن يسكنها بنفسه أو يسكن غيره بأجر أو بغير أجر.

وقد يكسبه السبب الانتفاع بنفسه فقط، كما إذا وقف شخص داره لسكنى الطلبة الفقراء أو الغرباء، فإن من ثبت له هذا الحق لا يملك أن يملكه لغيره - وكما في حق الانتفاع بالمنافع العامة فإن من له حق في دخول جامعة أو مصحة ليس له الحق في أن يملكه لغيره. وكذا حق الانتفاع الثابت لشخص بإذن خاص من مالك العين، كما إذا أذن لصديق له أن يستعمل سيارته أو ينزل ضيفا عليه في بيته فإن المأذون له في ذلك لا يملك تمليكه لغيره، فإطلاق حق المنفعة أو تقييده يعود إلى السبب الذي أثبت هذا الحق ولا يعود إلى اختلاف نوع الحق[1].

المبحث الرابع: مكانة المال في الإسلام

1 - طرق تحصيله، وأسلوب المحافظة عليه والانتفاع به:

إن للمال في النظام الإسلامي قيمة كبيرة ومكانا مرموقا، وليس من شك في أن كل ما تتوقف عليه الحياة في أصلها وكمالها وسعادتها وعزها، من علم وصحة وقوة واتساع عمران وسلطان لا سبيل إليه إلا بالمال كما تقدم.

وما يظن بشريعة جاءت لحفظ نظام الأمة وتقوية شوكتها وعزتها إلا أن يكون لثروة الأمة في نظرها المكان السامي من الاعتبار والاهتمام.

ومن هنا نظر القرآن الكريم إلى الأموال هذه النظرة الواقعية، فوصفها بأنها زينة الحياة الدنيا، وسوى في ذلك بينها وبين الأبناء، ووصفها بأنها قوام الناس: ﴿**وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا**﴾[2]، وقوام الشيء ما به يحفظ ويستقيم - وهي قوام المعاش والمصالح العامة والخاصة.

وإذا استقرأنا أدلة الشريعة من الكتاب والسنة الدالة على العناية بمال الأمة والمشيرة إلى أن به قوام أعمالها وقضاء نوائبها نجد من ذلك الكثير من الأدلة تفيد يقينا بأن للمال في نظر الشريعة حظًا لا يستهان به.

---

(1) الأستاذ محمد مصطفى شلبي المرجع السابق. ص 344.

(2) سورة النساء، الآية 5.

وليس عدُّ زكاة الأموال ثالثة لقواعد الإسلام، واعتبارها شعار المسلمين، وجعل انتفائها شعار المشركين في نحو قوله تعالى: ﴿وَوَيلٌ لِّلْمُشْرِكِينَ، الذِينَ لاَ يُوتُونَ الزَّكَاةَ﴾[1]، وقوله: ﴿قَالُوا لَمْ نَكُ مِنَ المُصَلِّينَ وَلَم نَكُ نُطْعِمُ المِسْكِينَ﴾[2]، إلا تنبيه على ما للمال من القيام بمصالح الأمة اكتسابا وإنفاقًا.

لا جرم أن الإسلام أمر بتحصيل الأموال من طرق فيها الخير للناس: فيها النشاط والعمل، فيها عمارة الكون والتقلب في الأرض، فيها الاختلاط والتعارف والتعاون والمبادلة.

أمر بتحصيلها عن طريق التجارة، وعن طريق الزراعة التي بها حياة الأرض واستثمارها - وفي لفت الأنظار إلى نعمة الله تعالى بإعداد الأرض للزراعة يقول القرآن الكريم: ﴿فَلْيَنْظُرِ الانْسَانُ إلَى طَعَامِهِ إنَّا صَبَبْنَا المَاءَ صَبًّا ثُمَّ شَقَقْنَا الارْضَ شَقًّا فَأَنْبَتْنَا فِيهَا حَبًّا وَعِنَبًا وَقَضْبًا وَزَيْتُونًا وَنَخْلاً وَحَدَائِقَ غُلْبًا وَفَاكِهَةً وَأَبًّا مَّتَاعًا لَّكُمْ وَلِأَنْعَامِكُمْ﴾[3].

وأمر بتحصيلها عن طريق الصناعة والصناعة أقوى العُمُد التي تقوم عليها الحضارات، وفي القرآن إشارات كثيرة إلى جملة من الصناعات التي لا بدّ منها في الحياة، فيه الإشارة إلى صناعة الحديد: ﴿ وَأَنْزَلْنَا الحَدِيدَ فِيهِ بَأْسٌ شَدِيدٌ وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ﴾[4]. والإشارة إلى صناعة الملابس ﴿قَدَ انْزَلْنَا عَلَيْكُمْ لِبَاسًا يُوَارِي سَوْآتِكُمْ وَرِيشًا﴾[5]. وأشار إلى صناعة القصور والمباني: ﴿قَالَ إِنَّهُ صَرْحٌ مُّمَرَّدٌ مِّنْ قَوَارِيرَ﴾[6] وهكذا يجد المتتبع لإيحاءات القرآن كثيرًا من التنويه بشأن الصناعات على اختلاف أنواعها.

وقد بلغت عناية الإسلام بالأموال أن طلب تحصيلها بمجرد الفراغ من العبادة الأسبوعية المفروضة: ﴿فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلاَةُ فَانْتَشِرُوا فِي الاَرْضِ وَابْتَغُوا مِن فَضْلِ اللَّهِ﴾[7]، ويقول في تحصيل الأموال على وجه عام: ﴿ هُوَ الذِي جَعَلَ لَكُمُ الاَرْضَ ذَلُولاً فَامْشُوا فِي مَنَاكِبِهَا وَكُلُوا مِن رِّزْقِهِ﴾[8].

---

(1) سورة فصلت، الآيتان 6 و7.
(2) سورة المدثر، الآيتان 43 و44.
(3) سورة عبس، الآيات 32/24.
(4) سورة الحديد، الآية 25.
(5) سورة الأعراف، الآية 26.
(6) سورة النمل، الآية 44.
(7) سورة الجمعة، الآية 10.
(8) سورة الملك، الآية 15.

هذا موقف الإسلام بالنسبة إلى الأموال وتحصيلها، وله موقف آخر بالنسبة إلى الانتفاع بها والمحافظة عليها، قرره بالنهي عن الإسراف فيها، وبالنهي عن الضن بها، وجعل الاعتدال في صرفها من صفات المقربين عباد الرحمن: ﴿**وَالذِينَ إِذَا أَنْفَقُوا لَمْ يُسْرِفُوا وَلَمْ يُقْتِرُوا وَكَانَ بَيْنَ ذَلِكَ قَوَامًا**﴾[1].

وجعل الاسراف فيها والضن بها عن الحقوق والواجبات مما يوقع في الحسرة والملامة: ﴿**وَلاَ تَجْعَلْ يَدَكَ مَغْلُولَةً إِلَى عُنُقِكَ وَلاَ تَبْسُطْهَا كُلَّ البَسْطِ فَتَقْعُدَ مَلُومًا مَّحْسُورًا**﴾[2].

والإسلام كما طلب السعي في تحصيل الأموال وطلب الاعتدال في صرفها، نهى عن تحصيلها بالطرق التي لا خير فيها، وفيها الشر والفساد:

نهى عن تحصيلها بطريق الربا الذي يؤخذ استغلالا لحاجة الضعيف المحتاج، وعن طريق السرقة والانتهاب والتسول التي تزعزع الأمن والاستقرار، ونهى عن تحصيلها بطريق التجارة فيما يفسد العقل والصحة كالخمر والخنزير، وعن طريق الميسر والرقص وبيع الأعراض وغير ذلك من كل ما يفسد الأخلاق ويعبث بالإنسانية، ونهى عن تحصيلها عن طريق الرشوة التي تذهب بالحقوق والكفايات.

وفي هذا وأمثاله يقول الله تعالى ﴿**وَلاَ تَاكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الحُكَّامِ لِتَاكُلُوا فَرِيقًا مِّنَ اَمْوَالِ النَّاسِ بِالاثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ**﴾[3].

وفيما ذكرناه من الأدلة – وما لم نذكره كثير – ما يفيد يقينا بأن للمال في نظر الشريعة حظا عظيما.

وذلك كاف لإبطال وإزالة ما خامر نفوس كثير من أهل العلم من توهم أن المال ليس منظورًا إليه بعين الشريعة إلا احتقارا وأنه لم يلاق من معاملتها إلا رفضا. وهذا وهم باطل تبطله أدلة الكتاب والسنة المستفيضة – ويكفي لبطلان هذا الوهم أن حفظ الأموال من قواعد الشريعة الراجعة إلى قسم الضروري من مقاصدها.

نعم الجانب الروحاني المنبه على جعل انصراف الهمة إلى الفضائل النفسانية والكمالات الخلقية في الدرجة الأولى من أقوال الشريعة.

---

(1) سورة الفرقان، الآية 67.

(2) سورة الإسراء، الآية 29.

(3) سورة البقرة، الآية 188.

والتصريح في الحث على اكتساب المال، وفي بيان محاسن اكتسابه لمن أقام نفسه في مقام السعي والكد لأجله في الدرجة الأدنى من أقوال الشريعة، لكن ذلك لا يرجع إلى احتقار اكتساب المال والحط من قدره في نظر الشريعة، وإنما يرجع إلى ما في داعية النفوس البشرية من الحرص على المال، تلك الداعية التي أشار إليها قوله تعالى: ﴿**وَتُحِبُّونَ الْمَالَ حُبًّا جَمًّا**﴾[1]، وقوله: ﴿**زُيِّنَ لِلنَّاسِ حُبُّ الشَّهَوَاتِ مِنَ النِّسَاءِ وَالْبَنِينَ وَالْقَنَاطِيرِ الْمُقَنْطَرَةِ مِنَ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ وَالْخَيْلِ الْمُسَوَّمَةِ وَالأَنْعَامِ وَالْحَرْثِ**﴾[2].

هذا بالإضافة إلى أن الداعي الشيطاني العارض غالبا للمستدرجين من أهل الثروة والمال بوضع ثروتهم في أساليب كفران نعمة الرزاق دون وضعها في موضع شكره والأغلب في عامة الناس يصرفهم الهوى والشهوة خاصة الطغيان بالمال.

فلو صرحت الشريعة في الحث على اكتساب المال وفي بيان محاسن اكتسابه بالقدر الذي حثت على انصراف الهمم إلى الفضائل النفسانية والكمالات الخلقية، لانضمَ حَثُّهَا إلى ما في داعية النفوس من الحرص على المال، ويحصل من انضمام الداعيتين واجتماعهما تكالب الأمة على اكتساب المال والافتتان به، مُعرضين عما عدا ذلك من أسباب الكمال، وقد قال تعالى: ﴿**إِنَّمَا أَمْوَالُكُمْ وَأَوْلاَدُكُمْ فِتْنَةٌ**﴾[3]، وقال: ﴿**وَمَا أَمْوَالُكُمْ وَلاَ أَوْلاَدُكُمْ بِالَّتِي تُقَرِّبُكُمْ عِنْدَنَا زُلْفَى**﴾[4]، وفي الحديث الصحيح «أَخَافُ عَلَيْكُمْ أَنْ تَنافَسُوا فِيهَا كَمَا تَنَافَسَ الَّذِينَ مِنْ قَبْلِكُمْ فَتُهْلِكَكُمْ كَمَا أَهْلَكَتْهُمْ»، فشبه التنافس المحذور بتنافس الذين من قبلنا، وهو التنافس الذي تتمحض له الأمة وتتفرغ له فتنصرف عن التنافس في الفضائل والأخلاق الحميدة، وربما دَحَضَتْ الأمة كثيرا من صفات الكمال سعيا وراء جلب المال، لذلك اقتنعت الشريعة في هذا الشأن اكتفاء بما في النفوس من الباعث على الكسب:

1 - بأن لم تنه الناس عن اكتساب المال من وجوهه المعروفة.

2 - وبأن بينت ما في وجوه صرفه من المصالح والمفاسد رغبة ورهبة.

---

(1) سورة الفجر، الآية 20.

(2) سورة آل عمران، الآية 14.

(3) سورة التغابن، الآية 15.

(4) سورة سبأ، الآية 37.

3 - وبأن لم تغبن أصحاب الأموال ما يحصل لهم من الفضائل والدرجات بسبب أموالهم إن هم أنفقوها في مصارفها النافعة.

قال تعالى: **﴿فَمِنَ النَّاسِ مَنْ يَقُولُ رَبَّنَا آتِنَا فِي الدُّنْيَا وَمَا لَهُ فِي الآخِرَةِ مِنْ خَلاقٍ، وَمِنْهُم مَّنْ يَقُولُ رَبَّنَا آتِنَا فِي الدُّنْيَا حَسَنَةً وَفِي الآخِرَةِ حَسَنَةً وَقِنَا عَذَابَ النَّارِ أُوْلَئِكَ لَهُمْ نَصِيبٌ مِّمَّا كَسَبُوا وَاللَّهُ سَرِيعُ الحِسَابِ﴾**[1].

وَفِي الحديث «إنَّ لِلَّهِ مَلَكًا يَدْعُو اللَّهُمَّ أَعْطِ مُنْفِقًا خَلَفًا وَمُمْسِكًا تَلَفًا»، فحَرَّضَ عَلَى الإِنْفَاق بوعد الخلف للمال، وحذر من الإمساك بوعيد التلف، وقال رسول الله ﷺ لسعد بن أبي وقاص: «إِنَّكَ أَنْ تَدَعَ وَرَثَتَكَ أَغْنِيَاءَ خَيْرٌ مِنْ أَنْ تَدَعَهُمْ عَالَةً يَتَكَفَّفُونَ النَّاسَ» والأدلة في هذا طافحة.

فالقول بأن المال منظور إليه بعين الاحتقار باطل، كل ما في الأمر أن الشريعة لم تعمد إلى الاستنفاد بالطلب الحثيث في اكتساب المال على النحو الذي طلبت فيه صرف الهمة إلى اكتساب الفضائل والكمالات الخلقية، وذلك اكتفاء بما في النفوس من الباعث عليه - كما قدمنا - وتجنبا من أن يصير التحريض عليه حملا للأمة على السرف الذي يعرض صاحبه لاختلال ثروته، فيكون اختلالا لجزء من نظام الثروة وذلك قد يجر إلى اختلال الكل[2].

وخلاصة القول إنّ الغنى في أيدي الأتقياء من أعظم وسائل الخير وأفضل أسباب السعادة الدنيوية والأخروية، لأن الأتقياء يرشدهم في تصريف ثروتهم العلم والدين الصحيحان.

2 - المقاصد الشرعية في الأموال:

إن من المقاصد الشرعية في الأموال: رواجها، ووضوحها، وحفظها، وثباتها، والعدل فيها.

أولا: رواجها: فرواج المال دورانه بين أيدي أكثر من يمكن من الناس بوجه حق، وهو مقصد شرعي عظيم دل عليه الترغيب في المعاملة بالمال، كما دل عليه مشروعية التوثق في انتقال الأموال من يد إلى أخرى.

---

(1) سورة البقرة، الآيتان 202/201.

(2) انظر مقاصد الشريعة، للأستاذ الشيخ الطاهر بن عاشور «مقاصد التصرفات المالية» وانظر الإسلام عقيدة وشريعة، للشيخ شلتوت.

ففي الترغيب في المعاملة جاء قوله تعالى: ﴿**وَآخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِي الأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِن فَضْلِ اللَّهِ وَآخَرُونَ يُقَاتِلُونَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ**﴾[1]. قال ابن عمر رضي الله عنهما: «مَا مَوْتٌ أَحَبُّ إِلَيَّ بَعْدَ الشَّهَادَةِ فِي سَبِيلِ اللَّه مِنْ أن أَمُوتَ مُتَّجِرًا»، قال ذلك لأن الله قرن بين التجارة والجهاد في هذه الآية، وجاء في ذلك أيضًا قوله ﷺ: «مَا مِنْ مُسْلِمٍ يَزْرَعُ زَرْعًا أَوْ يَغْرِسُ غَرْسًا فيَأْكُلُ مِنْهُ طَيْرٌ أو إِنْسَانٌ أَوْ بَهِيمَةٌ إِلاَّ كَانَ لَهُ بِهِ صَدَقَةٌ».

ودل أيضا على أهمية إدارة التجارة في نظر الشريعة الإشارة الواردة في قوله تعالى: ﴿**إِلاَّ أَنْ تَكُونَ تِجَارَةٌ حَاضِرَةٌ تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلاَّ تَكْتُبُوهَا**﴾[2]، إذ رخصت في ترك الكتابة التي حثت عليها وطلبتها أولا، وذلك حرصًا منها على نفي العوائق عن التجارة، لأن المعاملة إذا كانت حاضرة لا تأجيل فيها قل في العادة خوف التنازع إلا بأسباب عارضة فلا يحتاج إلى التوثق.

ومحافظة على مقصد الرواج شرعت عقود المعاملات لنقل الحقوق المالية بمعاوضة كالبيع والإجارة، أو بتبرع كالهبة والعارية والقرض، وبينت ما يجوز منها وما لا يجوز، واشترطت في تلك المعاملات شروط لفائدة المتعاقدين كليهما، فإذا استوفت شروطها فهي صحيحة، وبصحة العقد ترتب أثره.

وتسهيلا لرواج المال أيضا شرعت في الإسلام عقود مشتملة على شيء من الغرر، مثل عقد المزارعة والمغارسة والسلم والقراض والجعالة، وقد عدها بعض العلماء رخصا وإن لم يكن فيها تغيير حكم من صعوبة إلى سهولة كما هو المشهور في معنى الرخصة، لكن اعتبرت هذه العقود رخصا باعتبار أنها مستثناة من قاعدة النهي عن الغرر في المعاوضات.

ولأجل قصد الرواج كان الأصل في العقود المالية اللزوم والارتباط بالالتزام والوفاء بالحقوق دون التخيير، قال تعالى: ﴿**أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**﴾[3]، وجعلت الشريعة اللزوم بحصول الصيغ الدالة على التراضي بين المتعاقدين مستوفية شرائطها، فمصلحة العقد بالأصالة في لزومه إذ العقد لا يقع إلا لحاجة، والعقود أسباب لتحصيل المقاصد من الأعيان، والأصل ترتيب المسببات على أسبابها حتى تندفع بذلك الحاجة.

---

(1) سورة المزمل، الآية 20. (2) سورة البقرة، الآية 282.

(3) سورة المائدة، الآية 1.

وأما العقود التي جعلها الفقهاء غير لازمة بمجرد العقد بل حتى يقع الشروع، وهي عقود: الجعالة والقراض (المضاربة) والمغارسة والمزارعة على خلاف في بعضها، فإن عدم اللزوم في تلك العقود إلى حين الشروع في العمل نظرا إلى عذر العامل فيها، لأنه قد يخف إلى العقد لرغبة في العوض ثم يتبين له أنه لا يستطيع الوفاء بعمله.

فتيسير دوران المال على آحاد الأمة وإخراجه عن أن يكون قارًّا في يد واحدة أو متنقلا من واحد إلي واحد مقصد شرعي فهمت الإشارة إليه من قوله تعالى في قسمة الفيء: ﴿كَيْ لاَ يَكُونَ دُولَةً بَيْنَ الاَغْنِيَاءِ مِنْكُمْ﴾[1]، فالدولة - بضم الدال - تدوال المال وتعاقبه، أي كيلا يكون مال الفيء يتسلمه الأغنياء ويستأثرون به دون الفقراء.

والشريعة قد بلغت إلى مقصدها هذا بوجه لطيف، فراعت لمكتسب المال حق تمتعه به، فلم تصادره في ماله على وجه يحرجه، مراعية بذلك لما هو في جبلة النفوس من الشح بالمال، فجعلت لحالة المال حكما في حياة صاحبه، وحكما بعد موت صاحبه:

فأما في الأول: فأباحت لصاحب المال في مدة حياته حق تصرفه فيه واختصاصه به حثا للناس على السعي في الاكتساب لتوفير ثروة الأمة وإبعاد المفشلات عنها، فلم تجعل الشريعة على المال في مدة حياة مكتسبه إلا حق الله فيه كالزكاة.

وأما حكمه بعد موت مكتسبه فإن الشريعة نفذت مقصدها من توزيع الثروة تنفيذًا لطيفا إذ تم مقصد التوزيع بحكمة، وهي جعل المال صائرًا إلى قرابة صاحبه، لأن ذلك مما لا تشمئز منه نفسه، ولأن فيه عونًا على حفظ المال في دائرة القبيلة، وإنما تتكون الأمة من قبائلها، فَعِلْمُ المكتسب باقتسام ماله على قرابته بعد موته لا يثبطه عن السعي والكد في تنميته مدة حياته.

ومن وسائل رواج الثروة تسهيل المعاملات بقدر الإمكان وترجيح جانب ما فيها من المصلحة على ما عسى أن يعترضها من المفاسد الخفيفة، ولذلك لم يشترط في التبايع حضور كلا العوضين فاغتفر ما في ذلك من مفسدة احتمال الإفلاس، وشرعت المعاملات على العمل مثل المساقاة والجعالة، واغتفر ما في ذلك من الغرر.

---

(1) سورة الحشر، الآية 7.

وشرعت البيوعات على الأوصاف كالبيع على البرنامج، واغتفر ما في ذلك من الضرر لاحتمال عدم وجوده كما وصف ... قصدا في جميع ذلك إلى تسهيل المبادلة لتيسير حاجات الأمة.

وفي مشروعية التوثق وردت أدلة كثيرة في طرق الاستيثاق في الديون لقصد ضبطها وإثبات صحة التملك والتعاقد عند الاحتياج إلى الإثبات، من ذلك مشروعية الإشهاد والحث عليه، قال تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾[1]، ومشروعية كتابة الحقوق، خاصة إذا كان الحق من شأنه أن يدوم تدواله مدة يبيد فيها الشهود، قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلى أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾[2]. هذا أصل عظيم في التوثيق، ولذلك ابتدئ العمل به في عهد النبوة. ومن طرق التوثيق الرهن، قال تعالى: ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ فَإِنَ امِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُوَدِّ الذِي اوتُمِنَ أَمَانَتَهُ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ﴾[3].

ثـانيــا: من مقاصد الشرع في الأموال وضوحها، ويقصد بذلك إبعادها عن الضرر والتعرض للخصومات بقدر الإمكان، ولذلك شرع الإشهاد والكتابة والرهن خاصة في الحقوق الآجلة توثقًا لما عسى أن يطرأ من اختلاف الأحوال وتغير القلوب.

ثـالـثًـا: ومن المقصود الشرعي في الأموال حفظها، وأصل ذلك قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الذِّينَ آمَنُوا لَا تَاكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالبَاطِلِ إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةٌ عَن تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾[4]، وقول النبي ﷺ في خطبة حجة الوداع: «إِنَّ دِمَاءَكُمْ وَأَمْوَالَكُمْ عَلَيْكُمْ حَرَامٌ كَحُرْمَةِ يَوْمِكُمْ هَذَا فِي شَهْرِكُمْ هَذَا فِي بَلَدِكُمْ هَذَا»، وقوله: «وَلاَ يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلاَّ عَنْ طِيبِ نَفْسٍ»، وقوله: «مَنْ قُتِلَ دُونَ مَالِهِ فَهُوَ شَهِيدٌ». وَهذا تنويه بشأن حفظ المال وحافظه وَعِظم إثم المعتدي عليه.

وإذا كان ذلك حكم حفظ مال الأفراد فحفظ مال الأمة أجل وأعظم، فحقٌّ على ولاة أمور الأمة ومتصرفي مصالحها العامة النظر في حفظ الأموال العامة.

---

(1) سورة البقرة، الآية 282.

(2) نفس الآية السابقة.

(3) سورة البقرة، الآية 283.

(4) سورة النساء، الآية 29.

رابعًا: من المقصد الشرعي في الأموال تقرر الأموال لأصحابها بوجه لا خطر فيه ولا منازعة، وينبنى على ثبات التملك والاكتساب لأصحابها أمور:

الأمر الأوّل: أن يختص المالك بما يملكه بوجه صحيح، بحيث لا يكون في اختصاصه به وأحقيته تردد ولا خطر، ولأجل هذا كان طلب الإشهاد عند التبايع، فليس يدخل على أحد في ملكه منع اختصاصه إلا إذا كان لوجه مصلحة عامة، وقد قال أمير المؤمنين عمر رضي الله عنه: «والذِّي نَفْسِي بِيَدِهِ لَوْلاَ المَالُ الذِّي أَحْمِلُ عَلَيْهِ فِي سَبِيلِ اللَّهِ مَا حَمِيتُ عليهم مِنْ بِلاَدِهِمْ شِبْرًا».

وعلى هذا المقصد انبنت أحكام صحة العقود وحملها على الصحة والوفاء بالشرط، وفسخ ما تطرقه الفساد منها لمنافاته لمقصد الشريعة أو لمعارضة حق آخر اعتدي عليه، ولذلك قال عليه الصلاة والسلام في نهيه عن بيع الثمرة قبل بدو صلاحها: «أَرَأَيْتَ إِنْ مَنَعَ اللَّهُ الثَّمَرَةَ فَبِمَ يَأْخُذُ أَحَدُكُمْ مَالَ أَخِيهِ».

الأمر الثاني: أن يكون صاحب المال حر التصرف فيما تملكه أو اكتسبه تصرفًا لا يضر بغيره ضررًا معتبرًا ولا اعتداء فيه على الشريعة.

فإن كان في تصرفه ضرر معتبر للغير أو اعتداء على الشريعة منع، ولذلك منع على السفيه التصرف في أمواله، ولم يجز للمالك أن يفتح في ملكه ما فيه ضرر بمالك آخر مجاور له، ومنعت المعاملة بالربا لما فيه من الأضرار العامة والخاصة.

الأمر الثالث: أن لا ينزع منه بدون رضاه، وفي الحديث: «ليس لعرق ظالم حق»، ولكن إذا تعلق حق الغير بالمالك وامتنع من أدائه ألزم بأدائه، ومن هنا جاء بيع الحاكم والقاضي لمال الغير عند الاستحقاق.

خامسًا: من المقصد الشرعي في المال العدل فيه، وذلك بأن يكون حصوله بوجه غير ظالم، بأن يحصل المال بعمل مكتسبه أو بعوض مع مالكه أو تبرع وإما بإرث.

ثم من مراعاة العدل في الأموال حفظ المصالح العامة ودفع الأضرار، وذلك فيما يكون من الأموال تتعلق به حاجة طوائف من الأمة لإقامة حياتها، مثل الأموال التي هي غذاء وقوت، وكالأموال التي هي وسيلة دفاع العدوّ عن الأمة، فمثل تلك الأموال وإن كانت بأصحابها خاصة إلا أن تصرفهم فيها لا يكون مطلق الحرية كالتصرف في غيرها.

قال بعضهم: وهذا وجه النهي عن أكل لحوم الحمر الأهلية في غزوة خيبر بناء على القول بأنه تحريم عارض لا ذاتي، قالوا: لأنها كانت حمولتهم في تلك الغزوة، وإلى هذا ذهب كثيرون.

ومن ذلك أن الصحابة كانوا يشترون الطعام من الركبان على عهد النبوة، فيبعث إليهم من يمنعهم أن يبيعوه حيث اشتروه حتى ينقولوه حيث يباع الطعام، وهذا لمصلحة أهل السوق.

ولذلك كان من الحق إبطال الاحتكار في الطعام، لأن الأقوات تتعلق به حاجة مجموع الأمة. روى مالك في الموطأ بلاغًا أن عمر بن الخطاب قال: «لاَ حُكْرَةَ فِي سُوقِنَا، لاَ يَعْمِدُ رِجَالٌ بِأَيْدِيهِمْ فُضُولٌ مِنْ الأَذْهَابِ إِلَى رِزْقٍ مِنْ رِزْقِ اللَّه نَزَلَ بِسَاحَتِنَا فَيَحْتَكِرُونَهُ عَلَيْنَا، وَلَكِنْ أَيُّمَا جَالِبٍ جَلَبَ عَلَى عَمُودِ كَبِدِهِ فِي الشِّتَاءِ وَالصَّيْفِ فَذَلِكَ ضَيْفُ عُمَرَ، فَلْيَبِعْ كَيْفَ شَاءَ اللَّهُ وَلْيُمْسِكْ كَيْفَ شَاءَ اللَّه».

هذه مجمل المقاصد أو أهمها في التصرفات المالية.

وعلى مراعاة مقاصد الشريعة في التصرفات تجري أحكام الصحة والفساد في جميع العقود، فالعقد الصحيح هو الذي استوفى مقاصد الشريعة منه فكان موافقا للمقصود منه في ذاته، والعقد الفاسد هو الذي اختل منه بعض مقاصد الشريعة – والعقد الفاسد لا يترتب عليه أثره بل يبطل.

نعم قد يقع الإغضاء عن خلل يسير ترجيحًا لمصلحة تقرير العقود كالبيوع الفاسدة إذا طرأ عليها بعض المفوّتات، وهي في مذهب مالك: حوالة الأسواق في غير الرباع، وتلف عين المبيع أو نقصانها، وتعلق حق الغير به، وطول مدّة السنين نحو العشرين في الشجر.

3 - مشروعية المبادلات المالية ضرورية في الحياة:

وإذا كان من أهم المقاصد الشرعية في الأموال رواجها ودوارنها بين أيدي أكثر من يمكن من الناس بوجه حق كما تقدم، فإن ذلك يجعل مشروعية المبادلات المالية ضرورية لتمكين المجتمع من إقامة المصالح التي تحقق خير الأفراد والجماعة.

ذلك أنه لما كانت لكل فرد من أفراد النوع الإنساني ضرورات من الغذاء والكساء والدواء وغيرها مما لا غنى عنه للإنسان ما دام حيًا، وهو لا يستطيع وحده أن يوفر

لنفسه تلك الضرورات، فإنه مضطر إلى جلبها من غيره - وعدم قدرة الفرد على توفير ضرورات الحياة وحده يعود إلى أسباب مختلفة، والغالب منها اختلاف مواهب الناس وقدراتهم.

فحاجة الإنسان إذن تتعلق بما في يد صاحبه، وصاحبه لا يبذله بغير عوض غالبا، فلا بد من الوسيلة للوصول إلى ما في أيدي الناس على وجه التراضي، وليس ثمة طريقة أكمل من المبادلة، فيعطي المرء ما عنده مما يمكنه الاستغناء عنه بدل ما يأخذه من غيره مما هو في حاجة إليه، فشرع الإسلام عقود المعاملات - ومن بينها البيع - لنقل الحقوق المالية بمعاوضة على وجه لا حرج فيه على مكتسبه. ففي مشروعية عقود المبادلات المالية إيجاد طريق إلى وصول كل فرد لغرضه ودفع حاجته، وذلك يؤدي إلى عدم المنازعة والمقاتلة والسرقة والخيانة والحيل وغير ذلك من الوسائل غير المشروعة.

فبسبب ما يترتب على عقود المعاوضات المالية - وأولها البيع والشراء - من تبادل المنافع بين الناس وتحقق التعاون بينهم ينتظم معاشهم وينبعث كل فرد إلى ما يستطيع الحصول عليه من وسائل العيش:

- فهذا يغرس الأرض بما منحه الله من قوة بدنية وألهمه من علم بأحوال الزرع، يبيع ثمرها لمن لا يقدر على الزرع ولكن يستطيع الحصول على الثمن بطريق آخر.
- وهذا يحضر السلعة من الجهات النائية ويتولى نقلها وبيعها لمن ينتفع بها..
- وهذا يجيد ما يحتاج إليه الناس من صناعة ليبيعهم مصنوعاته فيتكامل المجتمع ويتعاون كاليدين تغسل إحداهما الأخرى.

فالبيع والشراء من أكبر الوسائل الباعثة على العمل وأجل أسباب الحضارة والعمران، ولكن البيع والشراء لا يحقق هذا الغرض المنشود إلا إذا روعيت فيه الآداب والتوجيهات التي أرشد إليها الشارع الحكيم، وإلا يصبح وسيلة إلى انتقاص الحقوق بدلا من التعاون والتكامل.

4 - آداب البيع والشراء:

المعاملات المالية - ومن بينها البيع والشراء - تمثل جانبا ماديا في حياة الإنسان، والجانب المادي متسع للشهوات والمنافسات والاستكثار والتكاثر .. وهذه كلها اعتبارات قد ينزلق بسببها الإنسان عن مستوى الفضيلة ويغشى في سبيلها ما يعكر صفو الجانب الروحي فيه ويبعده عن رحمة الله ورضاه.

فجاءت الشريعة بالإرشاد إلى أدب البيع والشراء الذي يقي الإنسان شر ذلك الانزلاق:

حثت على البيع والشراء ورغبت فيه تحصيلا للرزق، ووضعت آدابًا أوجبت رعايتها في هذه المعاملة التي تعتبر بحكم الطبيعة أساسا لقضاء المصالح وتوفير الحاجات على وجه يسلم الإنسان فيه من الغش والتدليس والخديعة والتضليل وإثارة الأحقاد وتضييع الحقوق، وغير ذلك مما يدنس نفسه ويصرفه عن جانب الروح التي بها تتحقق إنسانيته الفاضلة ويسمو إلى درجة المقربين.

ولو أمعنا النظر وخرجنا عن الاصطلاح المعروف في مفهوم البيع والشراء أمكننا اعتبار عامة المعاملة في هذه الحياة بيعًا وشراء.

فمطالب هذه الحياة مهما تنوعت، وظهرت في صور مختلفة وأنواع من المعاملات متباينة أساسها الذي انبنت عليه ومحورها الذي تدور حوله هو "البيع والشراء"

فالزارع لا بد له من البيع والشراء، وكل عامل في عمله يبيع ويشتري، حتى الموظف في ديوانه، والمدرس في درسه، والواعظ في وعظه، والمجاهد في ميدانه، والحاكم في حكمه... كل هؤلاء يبيعون ويشترون: يبذلون العمل ويتسلمون البدل.

فمن أخلص في عمله وقدمه على الوجه الذي يحقق الغرض المقصود منه ويرضي به ربه كان ما يتقاضاه في مقابل العمل محفوفًا بالخير والبركة، مثمرًا في نفسه ومن يحيط به، وكان هو محل ثقة عند من يعامله، فتعظم مكانته في النفوس ويقبل الناس عليه ويرتفع شأنه ويزداد خيره .

أما من أساء في عمله وخدع وغش وجعل همه أن يأخذ البدل ويستوفي الثمن على الوجه الذي يُرضي شهواته فقط، غير مكترث بالمصلحة العامة ولا بفائدة المجتمع، وغير مبال لغضب الله وسخطه عليه، كان من يفعل ذلك فيما يتقاضاه من الذين يأكلون في

بطونهم نارًا وسيصلون سعيرًا، سيكتشف أمره ويفتضح شأنه ويعرف بين الناس بالغش والخديعة، فتسوء سمعته بين زملائه ورؤسائه، ولا يلبث حتى ينبذ من الجميع.

مر النبي ﷺ برجل يبيع الطعام فأعجبه ظاهره، فأدخل يده فيه فوجد به بللا فقال: «ما هذا يا صاحب الطعام؟» قال: أصابته السماء - يقصد أن المطر نزل عليه - فقال عليه السلام :«فهلا أبقيته فوق الطعام حتى يراه الناس؟ من غشنا فليس منا» رواه مسلم.

هذا حكم عام حكم به النبي ﷺ على من غش وخدع في الطعام - والطعام مادة ينقضي أثرها بسرعة - وقد لا يكون للغش في الأطعمة ذلكم الأثر الذي يحدثه في الجوانب الأخرى من جوانب الحياة - يحكم النبي على من غش في الطعام بخروجه عن جماعة المؤمنين، والإيمان يقتضي الصدق ويقتضي التقوى ويقتضي الإخلاص، والغش يُقَوِّض كل ذلك فيجعل صاحبه كذابًا ويجعله منافقا.

وإذا كان الغش وهو تقديم الباطل في ثوب من الحق، أو هو إظهار جودة ما ليس بجيد - يكون في الرأي، وفي العمل، وفي الفتوى والإرشاد، وفي التوجيه والوظيفة - أفلا يكون غش الطعام في الإفساد أقل بدرجات ودرجات من الغش في هذه النواحي الممتدة أثرها الشامل ضررها، وهو فيها أجدر بأن يخرج صاحبه من صفوف المؤمنين.

إن من غش في رطل من الرطب أو من اللحم أو في متر من القماش عن طريق تقديم الخبيث باسم الطيب أو تقديم الرديئ باسم الجيد أو عن طريق انتقاص الكيل أو الميزان، لا بد أن يكون نزاعًا في نفسه إلى انتقاص الحقوق - وانتقاص الحقوق أساس كبير لزعزعة الثقة، وسبيل إلىقطع الصلات وإثارة الأحقاد والبغضاء بين الناس - وتضييع المصالح، وهذا هو الذي يؤدي إلى انتشار الفساد في الأرض وزلزلة الحياة العامة على أصحابها.

- وهذا أوان الشروع في تفصيل أحكام المعاملات بادئين بالبيع والشراء، ويتكون ذلك من بابين:

---

(1) من مراجع هذه المقدمة:

1 - أحكام القرآن لابن العربي ج 1.
2 - الفروق للقرافي ج 3 - الفرق السادس بعد المائة.
3 - الإسلام عقيدة وشريعة للشيخ شلتوت 4 - مقاصد الشريعة للشيخ الطاهر بن عاشور.
5 - الأشباه والنظائر لتاج الدين السبكي.

الباب الأول

في البيوع

وفيه تسعة فصول

الفصل الأول

تعريفه وحكمه

أولا: تعريفه:

أ - تعريفه لغة:

البيوع جمع بيع، وهو لغة مصدر باع الشيء إذا أخرجه عن ملكه أو أدخله فيه بعوض، فهو من أسماء الأضداد، فيطلق على الشراء كما يطلق على البيع فيقال لفعل البائع بيع وشراء. وأما شرى فيستعمل أيضًا لغة في إدخال الشيء في الملك أو إخراجه عنه بعوض، غير أن الأكثر استعمال "باع" إذا أخرج ، و"اشترى" إذا أدخل وهي أفصح، وعلى هذا اصطلح أغلب الفقهاء تقريبًا للفهم.

هذا، وجمع البيع باعتبار أقسامه وأنواعه كبيع النقد وبيع الدين، والصحيح والفاسد، والبت والخيار.

ب - تعريفه شرعًا:

بالمعنى الأعم: «عقد معاوضة على غير منافع ولا متعة لذة».

فقوله «عقد معاوضة» أي عقد محتو على عوض من الجانبين البائع والمشتري، لأن كلا منهما يدفع عوضًا للآخر، ويخرج بذلك كل عقد ليس فيه معاوضة كالهبة والوصية والقرض والعارية والضمان، وخرج بالقيد الثاني الإجارة والكراء، لأن كلا منهما عقد على منفعة الشيء لا على ذاته.

وقوله «ولا متعة لذة» يخرج به النكاح لأنه عقد لحل الاستمتاع[1] على الوجه المشروع لا على ذات المرأة. ودخل في هذا التعريف البيع بالمعنى الأخص كما دخل فيه كل عقد فيه معاوضة على غير منافع، كهبة الثواب والصرف والسلم والتوالية والإقالة والأخذ بالشفعة - والشركة.

---

1) وهذا يشعر بأن المهر عوض عن المتعة كما يجري ذلك على ألسنة كثير من الفقهاء- وإن قالوا إنه عوض على وجه التقريب - والحق أن المهر في الإسلام ليس عوضًا عن التمتع، لأن الناس لا يقصدون بالصداق المعاوضة بل =

تعريف البيع بالمعنى الأخص: عقد معاوضة على غير منافع ولا متعة لذة ذو مكايسة أحد عوضيه غير ذهب ولا فضة معين غير العين فيه.

فخرج بالقيد الأول ما لا معاوضة فيه كالهبة، وبالثاني الإجارة والكراء، وبالثالث النكاح، وبالقيد الرابع يخرج هبة الثواب، والتولية، والإقالة ، والشركة، في الشيء أي تولية البعض، وكذا القسمة على القول بأنها بيع، والأخذ بالشفعة، لأن معنى المكايسة المغالبة، وهذه العقود لا مغالبة فيها.

= يقصدون التجمل والعادة تشهد بذلك، وصاحب الشرع أيضًا لم يرد المعاوضة بالمهر بدليل أنه لم يشترط شروط الأعواض من نفي الجهالة للمرأة بل جوز العقد على المرأة المجهولة، وأيضًا لو كان المهر عوضًا عند صاحب الشرع لتعرض لتحديد مدة الانتفاع، أو تجدد مقدار من المال كلما تحقق أن المقدار المبذول قد استغرقته المنافع الحاصلة للرجل في مدة من مدد بقاء الزوجة في عصمته مثل عوض الإجارة.

- ولو كان المهر ثمن المتعة لتعدى فساد الصداق إلى النكاح، لأن فساد أحد العوضين يقتضي فساد الآخر، ولكن الأمر هنا ليس كذلك إذا لا يفسخ النكاح بفساد المهر.

- ولأجل خروج المهر عن رسم العوضية جاز إخلاء النكاح عنه والسكوت عن ذكره ثم يفرض بعد ذلك إما بالاتفاق قبل الدخول أو يجب مهر المثل بالبناء، ولو كان عوضًا لوجب تحديده عند العقد شأن عقود الأعواض. وأجمع الناس على صحة التفويض.

ولو كان المهر ثمن المرأة لوجب عليها إرجاعه للزوج عند الطلاق، فكيف وقد قال تعالى: **﴿وَإِنْ أَرَدْتُمُ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَءَاتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُّبِينًا وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ﴾** سورة النساء الآيتان، 20 - 21.

كل ذلك دليل على أن المهر عطية محضة - ولكنه شعار من شعار النكاح وفارق بينه وبين الزنا والمخادنة، ولذلك سماه الله نحلة، فإن الناس كانوا في الجاهلية يتناكحون بالشغار وهو النكاح الخالي عن المهر، ففرضه الله تعالى للنساء ونحله إياهن، فقال: **﴿وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً﴾** سورة النساء الآية 4، معناه طيبوا نفسًا بالصداق كما تطيبون بسائر الهبات والنحل، وأما تسميته أجرا في بعض الآيات فمؤول.

- نعم قد اصطبغ النكاح في صورته الشرعية بصبغة العقود من أجل وجود الإيجاب والقبول وصورة المهر، غير أن هذا ما هو إلا اصطباغ عارض ولذلك قال العلماء، حتى أولئك الذين يرون أن المهر عوض، قالوا: النكاح مبني على المكارمة والبيع مبني على المكايسة.

فليس الصداق عوضًا وإنما هو نحلة جعله الله شرطًا لأصل الإباحة، فاعتبار النكاح عقد معاوضة حتى يحتاج إلى قيد يخرجه عن البيع، غير سديد.

ولكن هذا لا يعني أن الشريعة لم تلتفت إلى ما في الصداق من المنفعة الراجعة إلى الزوجة، بل المراد أنه ليس هو المقصود الأول من الصداق في نظر الشريعة، وإلا فإن محاسن المرأة ومحامدها نعمة من الله بها عليها، وخولها حق الانتفاع بها من أجل رغبات الرجال في استصفائها، فللمرأة حق في أن يكون صداقها مناسبًا لنفاستها.. ولذلك لم يكن للوصي ولا للسلطان تزويج اليتيمة بأقل من صداق مثلها..

فانتفاع المرأة بالصداق وبمواهبها التي تسوق إليها المال شيء غير ملغى في نظر الشريعة، لأنه لو ألغي لكان إلغاؤه إضرارًا بالمرأة، ولذلك قال تعالى: **﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَى فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ﴾** سورة النساء الآية 3، أي أن لا تعدلوا وتبلغوا بهن أعلى سنتهن من الصداق، فانكحوا غيرهن من النساء، جعل عدم الإقساط كالجور.

ويخرج بالقيد الخامس الصرف والمراطلة والمبادلة، لأن العوضين فيها من الذهب والفضة، وقوله «معين غير العين فيه»: المراد بالعين الثمن، وبغير العين المبيع، أي أن البيع بالمعنى الأخص يكون فيه المبيع معينًا إما بالرؤية وإما بالصفة، ويخرج بذلك السلم لأن المبيع فيه - وهو المسلم فيه - غير معين، بل من شروطه كونه دينا في الذمة، وتعين المبيع يبطله كما سيأتي.

- والحاصل أن غير العين وهو المبيع يجب أن يكون معينًا في البيع بمعناه الأخص، وغير معين في السلم، وأما العين أي الثمن فلا يجب أن يكون معينًا لا في البيع ولا في السلم[1].

ثانيا: حكمه ودليله:

البيع من العقود الواجب الاهتمام بها وبمعرفة أحكامها لعموم الحاجة إليها والبلوى بها، إذ لا يخلو المكلف غالبا من بيع أو شراء، فيجب أن يعلم حكم الله فيه قبل التلبس به لغلبة الفساد فيه وعمومه، خاصة في هذا الزمان.

أ - حكمه:

الأصل فيه الإباحة وقد يعتريه الوجوب، وذلك كمن اضطر لشراء طعام أوشراب أو كساء أو دواء أو نحو ذلك، فإنه يجب شراء ما فيه حفظ النفس من الهلاك، ويحرم على من عنده ذلك عدم بيع ما فيه حفظها.

وقد يندب البيع، كمن أقسم عليه إنسان أن يبيع له سلعة لا ضرر عليه في بيعها، فإنه يندب أن يبيع له، لأن إبرار القسم مندوب في مثل هذا.

وقد يكره كبيع الهرّ أو السبع للحم، لكراهة أكل لحمها للخلاف في حلها، وهذا بخلاف بيع السبع، كالفهد والثعلب والنمر لأخذ جلده، أو للاصطياد به بعد تعليمه، وكبيع الهر لاصطياد الفيران به أو الانتفاع بجلده، فلا كراهة فيه لعدم المانع مع قيام المقتضي لبيعه.

---

(1) أنظر الشرح الكبير للدردير حـ 3 - ص 2 - 3
- مواهب الجليل للحطاب جـ 4 ص 228 - 223.

وقد يحرم كالبيوع المنهي عنها، كبيع فيه الربا، والغش، والمزابنة، والدين بالدين، وتلقي السلع قبل دخول سوقها، وتصرية الحيوان وهي حبس لبنها في ضرعها لقصد التغرير بالمشتري - والبيع المحرم باطل لا يترتب عليه الأثر إلا إذا دل الدليل على صحته مع الإثم.

ب - دليله من الكتاب والسنة - والإجماع:

أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿**وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ**﴾[1]، وقوله: ﴿**وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ**﴾[2]، وقوله: ﴿**يَاأَيُّهَا الذينَ آمَنُوا لاَ تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالبَاطِلِ إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةٌ عَن تَرَاضٍ مِّنْكُمْ**﴾[3].

قال ابن عباس: كانت عكاظ ومجنة وذو المجاز أسواقًا في الجاهلية، وكان ناس من العرب قبل الإسلام يحترزون من التجارة في أيام الحج، وإذا دخل عشر ذي الحجة بالغوا في ترك البيع والشراء، وكانوا يقولون لمن يتجر في العشر من ذي الحجة: هؤلاء الداج وليس بالحاج، فلما جاء الإسلام تأثم المسلمون بالتجارة فيه، فأبطل الله ذلك بقوله: ﴿**لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَبْتَغُواْ فَضْلاً مِّن رَّبِّكُمْ**﴾[4]، أي تتجروا في مواسم الحج.

وأما أدلة السنة فكثيرة، منها قوله عليه الصلاة والسلام: «لَأَنْ يَأْخُذَ أَحَدُكُمْ حَبْلَهُ فَيَأْتِي بِحَزْمَةِ حَطَبٍ عَلَى ظَهْرِهِ فَيَبِيعهَا فَيَكُفَّ وَجْهَهُ خَيْرٌ لَهُ مِنْ أَنْ يَسْأَلَ النَّاسَ أَعْطَوْهُ أَوْ مَنَعُوهُ» متفق عليه، وقال عليه الصلاة والسلام: «التَّاجِرُ الصَّدُوقُ الأَمِينُ مَعَ النَّبِيِّينَ وَالصِّدِّيقِينَ وَالشُّهَدَاءِ»، رواه الترمذي، وقال: حديث حسن.

خرج النبي يومًا إلى المصلى فرأى الناس يتبايعون، فقال: «يَامَعْشَرَ التُّجَارِ» فاستجابوا لرسول الله ﷺ ورفعوا أعناقهم وأبصارهم إليه، فقال: «إِنَّ التُّجَّارَ يُبْعَثُونَ يَوْمَ القِيَامَةِ فُجَّارًا إِلاَّ مَنْ بَرَّ وَصَدَقَ»، رواه الترمذي، وقال: حسن صحيح.

وقال عليه الصلاة والسلام: «أفضل الكسب بيع مبرور وعمل الرجل بيده»، رواه الإمام أحمد، والبيع المبرور هو البيع الذي يبر فيه صاحبه فلم يغش ولم يخن ولم يعص الله فيه.

---

(1) سورة البقرة، الآية 275.
(2) سورة البقرة، الآية 282.
(3) سورة النساء، الآية 29.
(4) سورة البقرة، الآية 198.

وقال عليه الصلاة والسلام: «أَحَلُّ مَا أَكَلَ الرَّجُلُ مِنْ كَسْبِهِ، وَكُلُّ بَيْعٍ مَبْرُورٌ»، أي إذا خلا من الحرام والغش، وكان أصحاب رسول الله ﷺ يتجرون في البر والبحر ويعملون في نخيلهم، والقدوة بهم. قال أبو قلابة لرجل: «لأن أراك تطلب معاشك أحب إليَّ من أن أراك في زاوية المسجد»، وقال بعض الصالحين: ليست العبادة عندنا أن تَصُفَّ قَدَمَيْكَ وغيرك يقوت لك، ولكن ابدأ برغيفك ثم تَعَبَّدْ.

فإن قيل: قد روي عنه ﷺ ما يفيد ذم التجارة، من ذلك ما رواه ابن مردويه في التفسير عن ابن مسعود بسند فيه لين، قال: قال رسول الله ﷺ: «مَا أُوحِيَ إِلَيَّ أَنِ اجْمَعِ المَالَ وَكُنْ مِنَ التَّاجِرِينَ، وَلَكِنْ أُوحِيَ إِلَيَّ أَنْ سَبِّحْ بِحَمْدِ رَبِّكَ وَكُنْ مِنَ السَّاجِدِينَ، وَاعْبُدْ رَبَّكَ حَتَى يَاتِيَكَ اليَقِينُ»، وقيل لسلمان الفارسي: أوصنا، فقال في وصيته: «من استطاع منكم أن يموت حاجا، أو غازيًا أو عامرًا لمسجد ربه فليفعل، ولا يموتن تَاجِرًا وَلاَ خَائِنًا».

والجواب أن وجه الجمع بين ما يفيد مدح الكسب والتجارة وبين ما يفيد الذم هو تفصيل الأحوال، فنقول: لسنا ندعي أن التجارة أفضل مطلقًا من كل شيء، ولكن التجارة إما أن تطلب بها الكفاية أو الثروة أو الزيادة على الكفاية:

فإن طلب بها الزيادة على الكفاية لاستكثار المال وادخاره لا ليصرف إلى الخيرات فهي مذمومة، لأنه إقبال محض على الدنيا التي هي رأس كل خطيئة، فإن انضم إلى ذلك كونه ظالمًا خائنًا فهو ظلم وفسق، وهذا النوع هو الذي أراد سلمان بقوله: لا تمت تاجرًا ولا خائنًا، وأراد بالتاجر طلب الزيادة واستكثار المال لأجل الادخار لا غير.

فأما إذا طلب بالتجارة لنفسه وأولاده، فإن كان يقدر على كفايتهم بالسؤال فالتجارة تعففا عن السؤال أفضل وألزم، وإن كان يقدر على كفاية نفسه وعياله دون حاجة إلى سؤال وكان يعطى من غير سؤال، فالكسب أفضل أيضًا، لأنه إنما يعطى في هذه الحالة لكونه سائلا بلسان حاله وإن لم يكن سائلا بلسان مقاله، فالتعفف والتستر أولى من البطالة، بل أفضل من الاشتغال بالعبادات البدنية غير المفروضة، وقد قال عليه الصلاة والسلام: «مَنْ طَلَبَ الدُنْيَا حَلاَلاً وَتَعَطُّفًا عَنِ المَسْأَلَةِ وَسَعَيًا عَلَى عِيَالِهِ وَتَعَطُّفًا عَلَى جَارِهِ لَقِيَ اللَّهَ وَوَجْهُهُ كَالقَمَرِ لَيْلَةَ البَدْرِ».

وهذا ما لم يكن الشخص مشتغلا بمصالح المسلمين وقد تكفل بأمورهم، كالقاضي والحاكم والشاهد والمفتي والمفسر والمحدث وغيرهم ممن تفرغوا بما ينتفع الناس به في دينهم أو شؤون دنياهم المشروعة، فهؤلاء:

إن كانوا يكفون من الأموال المرصدة للمصالح أو الأوقاف المسبلة على أمثالهم فإقبالهم على ما هم فيه أفضل من اشتغالهم بالكسب، ولهذا أشار الصحابة على أبي بكر رضي الله عنه بترك التجارة لما تولى الخلافة، إذ كان ذلك يشغله عن المصالح، وكان يأخذ كفايته من مال المصالح، ورأى ذاك أولى، وإن قيل إنه أوصى برده إلى بيت المال بعد وفاته تورعًا.

وإن كان كفاية هؤلاء عند ترك الكسب من أيدي الناس وما يتصدق به عليهم من غير حاجة إلى سؤال، فترك الكسب والاشتغال بما هم فيه من القيام بمصالح المسلمين أولى، لأن في ذلك إعانة الناس على الخيرات وقبولاً منهم لما هو حق عليهم وأفضل لهم.

أما إن كان في حاجة إلى السؤال للحصول على كفايته مع انشغاله بما ينفع الناس عن الكسب فهذا محل نظر، وما روي من التشديد في السؤال وذمّه يدل ظاهرًا على أن التعفُّف عن السؤال أولى حتى في هذه الحالة، ولعل ذلك موكل إلى اجتهاد العبد ونظره إلى نفسه: بأن يقابل ما يلقى في السؤال من المذلة وهتك المروءة والحاجة إلى الإلحاح، يقابل ذلك بما يحصل من اشتغاله بالعلم والعمل، من الفائدة له ولغيره، فَرُبَّ إنسان تكثر فائدة الخلق في اشتغاله في العلم والعمل، ويهون عليه تحصيل كفايته بأدنى تعريض في السؤال، وربما يكون العكس. فعلى المرء أن يستفتي قلبه، ولو أفتاه المفتون، فإن الفتاوي لا تحيط بدقائق الأحوال.

الفصل الثاني

أركــانه

وهي ثلاثة إجمالا، وخمسة تفصيلا:

أولا: الصيغة[1] وشروطها:

أ - الصيغة:

صيغة العقد هي صورته الحسية التي تحقق وجوده في الخارج، أو هي الدَّال على توجيه إرادة العاقدين، ذلك لأن الأساس في العقد هو توجيه الإرادة لإنشائه. والإرادة أمر باطني لا يظهر إلاّ بما يدل عليه، وهذا الدّال على توجيه الإرادة هو الذي سمَّاه الفقهاء صيغة العقد. وإذا كان معنا دال ومدلول-والمدلول هو المقصود ولكنه خفي الاطلاع عليه، والدال هو المبين له وهو ظاهر- فلا بد إذن أن يكون هذا الدّال واضحًا في دلالته عرفًا على ما يقصده المتعاقدان من غير احتمال لمعنى آخر عرفًا كالوعد والمساومة، ولا يضر بعد ذلك أن يكون قولا أو كتابة أو إشارة أو فعلا، وهو المعروف بالمعاطاة، أي الأخذ والعطاء بدون كلام ولا إشارة، كأن يعطيه الثمن ويعطيه المثمن من غير إيجاب ولا استيجاب بالقول.

وقد اختلف في صحة البيع بالمعاطاة على أقوال:

الأول صحة البيع بها سواء كان المبيع يسيرًا كالخبز والبيض ونحوهما، أو كبيرًا كالدور والأرض، وهذا مذهب مالك، وأشهر الرّوايتين عن أحمد بن حنبل، واختاره بعض أصحاب الشافعي. ويلزم البيع في المعاطاة بالقبض من الجانبين، فلا بد من حضور الثمن والمثمن للزوم البيع فيها إذا كان الأخذ والعطاء عاريًا من القول من الجانبين، وهو المعاطاة المحضة.

وأما صحة البيع بها فلا يتوقف على القبض من الجانبين، فمن أخذ ما علم ثمنه من مالكه ولم يدفع له الثمن فقد وجد أصل العقد لا لزومه، فإن وجد من الآخر ما يدل على الرضا جاز للآخذ أن يتصرف فيما أخذ بالأكل أو الصدقة به قبل دفع ثمنه.

---

(1) انظر مبحث ما ينعقد به البيع، مواهب الجليل، ج 4 - 228 - 241، والشرح الكبير. ج 3 - ص 2 - 5، وجواهر الإكليل على مختصر خليل على هامش المنح الجليل، ج 4 - 228 - 241

وذهب بعض الحنفية إلى أن البيع ينعقد بالمعاطاة في المحقرات والأشياء اليسيرة دون الأشياء الكبيرة، لأن الذي يعتاد فيه الناس المعاطاة في البيع هو الشيء اليسير دون الكبير.

وذهب الشافعي إلى أن البيع لا ينعقد بالمعاطاة مطلقًا، فلا يصح العقد إلا بالقول لأن الفعل لا دلالة له بالوضع فلا ينعقد به البيع.

والصحيح قول مالك ومن وافقه، ودليله هو أن اللّه تعالى أحل البيع ولم يبيّن كيفيته، فوجب الرجوع إلى العرف كما رجع إليه في القبض والإحراز والتفريق، والمسلمون في أسواقهم وبياعاتهم على ذلك، ولهذا قال مالك: ينعقد البيع بكل ما يعده الناس بيعًا.

ولأن البيع كان موجودًا بينهم معلومًا عندهم، وإنما علق الشرع عليه أحكامًا وأبقاه على ماكان فلا يجوز تغيير ما أبقاه الشرع بالرأي والتحكم، ولم ينقل عن النبي ﷺ ولا عن الصحابة مع كثرة وقوع البيع بينهم استعمال اللفظ في كل ما يبيعون ويشترون، ولو استعملوا ذلك في بياعاتهم لنقل إلينا نقلا شائعا، ولو كان ذلك شرطًا لوجب نقله ولم يتصور منهم إهماله والغفلة عنه.

ولأن البيع ممّا تعم به البلوى، فلو اشترط الإيجاب والقبول باللفظ لبيّنه النبي ﷺ بيانًا عاما ولم يخف حكمه، لأنه يفضي إلى وقوع البياعات الفاسدة كثيرًا وأكلهم المال بالباطل، ولم ينقل ذلك عن النبي ﷺ ولا عن أحد من أصحابه.

ولأن الناس يتبايعون بالمعاطاة في كل عصر، ولم ينقل إنكاره قبل ظهور المخالف فكان إجماعًا، ولأن الإيجاب والقبول إنما يرادان للدّلالة على الرضا، فإذا وجد ما يدل عليه من الأخذ والعطاء قام مقامهما وأجزأ عنهما لعدم التعبد فيه.

والقول بأن الشيء اليسير دون الكثير هو الذي يعتاد فيه الناس المعاطاة في البيع ضعيف، لأن الأدلة القاضية بجواز بيع المعاطاة لا تفرق بين اليسير والكثير.

وقول الشافعي إن الفعل لا دلالة له بالوضع فلا ينعقد به البيع، ضعيف أيضًا، لأن الفعل وإن انتفت عنه الدلالة الوضعية ففيه دلالة عرفية وهي كافية، لأن ما لم يبين الشرع فيه كيفيته وجب الرجوع فيه إلى العرف، والحكم هنا دائر مع العرف، إذ العبرة في ذلك التراضي ليخرج عن أكل مال الغير بالباطل، والفعل دال على التراضي، لأن المقصود من التجارة إنّما هو أخذ ما في يد غيرك بدفع عوض عن طيب نفس منكما، فتكفي دلالة العرف في ذلك على طيب النفس والرضا بقول أو فعل.

وأما القول فهو الأصل في التعبير عن الإرادة، لأن اللّسان يفهم ما لا يفهمه القَلم، فكانت المشافهة أحسن من الكتابة، لذلك ينعقد باللفظ كل عقد أيّا كان نوعه متى كان العاقد قادرًا عليه، ولا يشترط في ذلك سوى فهم كل منهما ما يقوله الآخر.

فينعقد البيع بكل قول يدل على الرضا، كبعت واشتريت وأخذتها أو رضيت بها ونحو ذلك، ويسمّى ما يقع من البائع إيجابًا، وما يقع من المشتري قبولا، ولا مانع من تقديم القبول على الإيجاب، كما إذا قال المشتري للبائع بعني هذه السّلعة فرضي البائع.

ثم إن كانت الصيغة من القول أفعالا فبأيِّ فعل يكون التعبير: بالماضي أم بالمضارع أو الأمر؟

فإن كان الفعل ماضيًا كأن يقول البائع بعت ويقول المشتري قبلت أو اشتريت فإن البيع ينعقد به ويكون لازمًا فليس لواحد منهما حق الرجوع فيه ولو حلف أنه لم يقصد البيع أو الشراء، لأن الماضي يدل على حصول الحدث قطعًا من غير احتمال، ولهذا اتفق الناس على انعقاد البيع به. وليس معنى هذا أنه وضع لإنشاء العقد، بل المراد أن الناس من حين تعاقدوا استعملوه، فلما جاء الإسلام أقرّهم على ذلك، والناس حينما يتبايعون يقولون بعت واشتريت بأسلوب الماضي.

أما إن كان الفعل أمرًا، كقول المشتري بعني هذه السلعة بكذا، فيقول البائع بعت، وكقول البائع اشتر السلعة مني أو خذها بكذا، فيقول المشتري اشتريت، فإن البيع ينعقد به إن استمر البادئ بالأمر على الرضا بالبيع أو الشراء حتى يقبل الآخر.

ولكن لو قال من أتى بفعل الأمر إنه لم يرد البيع أو الشراء، وادعى أنه كان هازلا، فهل يصدق في قوله، فله الرجوع وعليه اليمين بأنه لم يقصد الشراء أو البيع وإنما يقصد في قوله الهزل أو التماسه منه، أم أن البيع يلزمه بالأمر كلزومه بالماضي، فليس له حق الرجوع، لأن الأمر يدل على الرضا بالبيع، إذ الأمر وإن كان محتملا لرضاه بالبيع وعدم رضاه، إلا أن العرف دل على رضاه به، وحينئذ فيستوي الأمر مع الماضي، فلا عبرة بقول من أتى به أنه لم يرد البيع أو الشراء؟ في ذلك خلاف، الأرجح الأول، فلا يلزمه البيع إن حلف.

وإن كان الفعل مضارعًا كأن يقول البائع أبيع هذه السلعة بكذا، فرضي المشتري بذلك، أو قال المشتري أنا أشتري هذه السلعة بكذا فرضي البائع، فإن البيع لا يلزم

البائع في الصورة الأولى إذا رجع وقال إنه لم يرد البيع وإنما أراد الوعد أو المزاح، ولا يلزم المشتري في الصورة الثانية إذا قال لم أرد الشراء وإنما أردت الوعد به أو الهزل، وحلف المتكلم بالمضارع ابتداءً منهما، فإن لم يحلف لزمه البيع.

فإن عرض البائع سلعة في سوقها فقال له شخص: بكم تبيعها؟ فقال له: بكذا، فقال: أخذتها به، فقال: لم أرد البيع وإنما أوقفتها في سوقها لأمر ما، فإنه يصدق بيمين، فإن نكل لزم البيع. وهذا ما لم تقم قرينة على إرادة البيع وإلا لزم قطعًا ولا يلتفت لكلام البائع.

وأما الكتابة فينعقد بها العقد بشرط أن تكون مستبينة بأن تبقى صورتها بعد الانتهاء منها، وأن يقرأ كل من المتعاقدين ما كتبه الآخر ويفهمه، فإذا كتب أحد المتبايعين كلمة الإيجاب مثل بعت لك هذا الشيء بكذا، فكتب الآخر قبلت، وكانت الكتابة مستبينة وقرأها كل من المتعاقدين وفهمها، فإنه حينئذ ينعقد البيع ويلزم كما لو تلفظا بهاتين العبارتين.

وأما لو كانت الكتابة غير مستبينة، كما لو كتب علىالماء أو في الهواء فلا ينعقد البيع، إذا لا تبقى صورة الكتابة بعد الانتهاء منها عندئذ، وكذا لو كانت الكتابة باقية ولكن أحدهما لم يقرأ ما كتبه الآخر أو قرأه ولم يفهمه، فلا ينعقد البيع حينئذ لاختلال شرط الانعقاد.

وأما الإشارة المفهمة فينعقد بها البيع، لأن المقصود هو التعبير عن الإرادة بما يدل عليها، والإشارة المفهمة تدل على ذلك، بل هي أولى في الدلالة من الفعل أي الأخذ والعطاء الذي ينعقد به البيع بلا خلاف عند المالكية إلا في التفصيل، على أنّ الإشارة سمّاها القرآن كلامًا في قوله تعالى: ﴿**قَالَ رَبِّ اجْعَل لِّيَ آيَةً قَالَ آيَتُكَ أَلاَّ تُكَلِّمَ النَّاسَ ثَلاَثَةَ أَيَّامٍ إِلاَّ رَمْزًا**﴾[1]، والرمز: الإشارة، وهذا مذهب مالك - رضي الله عنه - لأن العبرة هي وجود ما يدل على الرضا، والإشارة المفهمة تدل عليه .

وخالف بعض الأئمة في انعقاد البيع بالإشارة، فقالوا لا ينعقد البيع بها إذا كانت من القادر على الكلام، لأن الأصل في التعبير عن الإرادة إنما يكون بالكلام ولا يلجأ إلى

(1) سورة آل عمران، الآية 41.

غيره إلا عند العجز، وأما إن كانت الإشارة من غير القادر علىالكلام ولم يكن قادرًا على الكتابة أيضًا فإن البيع ينعقد بها بلا خلاف، بشرط أن تكون مفهمة.

وإن كانت الإشارة من العاجز عن الكلام ولكنه قادر على الكتابة، ففي صحة البيع بها خلاف:

فقيل ينعقد بها، لأنه عند العجز عن الكلام ينتقل إلى ما يقوم مقامه، والإشارة والكتابة في ذلك سواء.

وقيل إن العاجز عن الكلام إنْ كان قادرًا على الكتابة فإن الإشارة لا تعتبر، لأن الكتابة أبلغ في الدلالة من الإشارة من حيث إن الكتابة يعرفها كل من يقرأ، بخلاف الإشارة فإنه لا يعرفها كل واحد، على أن دلالتها فيها اشتباه، فكانت الكتابة أقوى من الإشارة، ومعلوم أنه عند اجتماع الدلائل يقدم الأقوى، وهذا التفصيل للحنفية.

والراجح مذهب مالك، لأنه وإن كان الأصل في التعبير أن يكون بالكلام إلا أن المقصود هنا هو الدلالة على التراضي، فكل من الكلام والكتابة والإشارة متى دل على الرضا حصل المقصود، وكون التعبير بالكلام ليس مقصودًا لذاته لعدم التعبد فيه بل لدلالته على التراضي، فالتعبير عن الإرادة بالقول أو الكتابة أو الإشاة سواء، وما دامت الإشارة مفهمة فلا وجه لما ذكروه من التفصيل.

وعلى هذا فصيغة عقد البيع قد يكون قولا من الجانبين، أو كتابة منهما، أو قولا من أحدهما وكتابة من الآخر، أو إشارة منهما، أو من جانب وقول أو كتابة من الآخر.

ب - شروطها:

وإذا كان العقد هو الارتباط بين الإيجاب والقبول، فهذا لا يكفي في ثبوته مجرد صدور العبارة أو ما يقوم مقامها من العاقدين، بل لا بد مع ذلك من توافر شروط في صيغة الإيجاب والقبول، نجملها فيما يلي:

الشرط الأول: أن يعلم كل من العاقدين ما صدر عن الآخر، بأن يسمع كلامه، أو يقرأ ما كتبه ويفهمه، أو يرى فعله أو إشارته ويعرف مراده منها. فإن اختل ذلك لم يتحقق العقد، كما إذا تكلم شخص بما يفيد الإيجاب فأجابه الآخر بلغة لا يفهمها، أو تكلم بكلام غير مسموع ثم انفض المجلس من غير أن يعرف حقيقة جوابه، أو تكلم نائم بكلمة تشبه الإيجاب فأجاب شخص بجواره بما يفيد القبول، فكل ذلك لا ينعقد به البيع، وأمثال ذلك كثير.

الشرط الثاني: أن يكون كل من الإيجاب والقبول واضح الدلالة على مراد العاقدين، لأنهما يعبران عن إرادتهما الباطنية، فإذا كان في دلالتهما خفاء لم يتحقق الربط بينهما. وهذا الوضوح يتحقق بأن يكون ما استعمل للإيجاب والقبول يدل عرفًا أو لغة على نوع العقد المقصود للعاقدين. ذلك أن العقود تختلف بعضها عن بعض في موضوعها وأحكامها، فإذا لم يعرف بيقين أن العاقدين قد قصدا عقدًا بعينه - كالبيع - لا يمكن إلزامهما بأحكامه الخاصة به.

ثم إنه لا يلزم في هذه الدلالة المطلوبة أن تكون بطريق الحقيقة، بل يستوي في ذلك الدلالة الحقيقية والمجازية، فينعقد البيع بلفظ الهبة عند اقترانه بثمن، كأن يقول وهبتك هذا بكذا أو أعطيتكه بكذا ونحو ذلك، إذ لا يلزم في الإيجاب والقبول ألفاظ معينة، لأن العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني، لا بالألفاظ والمباني.

الشرط الثالث: أن يكون القبول موافقًا للإيجاب، لأنه جواب له، وتتحقق الموافقة باتحاد موضوع العقد من مبيع وثمن، فلو اختلفا فيما يجب التراضي عليه لم ينعقد البيع، وذلك كما إذ كان القبول ببعض ما أوجبه الموجب، كأن يقول البائع: بعتك هذا الثوب بعشرة،. فقال المشتري: قبلته بثمانية، أو قبل غير ما أوجبه الموجب، كأن يقول: بعتك هذه السلعة بكذا، فقبل المشتري سلعة أخرى، أو كان القبول في بعض ما أوجب فيه الموجب جملة، كما لو قال له البائع: بعت لك هذه الدار وما فيها من منقولات بألف، فقال الآخر: قبلت شراء الدّار وحدها بثمانمائة، لم ينعقد البيع في هذه الصور كلها لاختلاف الإيجاب عن القبول.

الشرط الرابع: اتصال القبول بالإيجاب، وهذا الشرط متفق عليه بين الفقهاء في الجملة، ولكنهم يختلفون في المراد بالاتصال.

فمن الفقهاء من يقول: إن المراد به كون القبول فور الإيجاب، فإن توسط بينهما كلام أجنبي ولو لم يعتبر إعراضًا عن العقد عرفًا لا يتحقق الاتصال فينتفي انعقاد العقد، ذلك أن القبول جواب عما في الإيجاب من إلزام والتزام، فلا بد أن يكون عَقِبَهُ حتى يلتقي معه، فإذا تراخى انتفى التلاقي، لأنَّ الإيجاب عَرَضٌ ينتهي بمجر صدوره من صاحبه؛ وهذا مذهب الشافعية.

ومذهب مالك أن الاتصال بين الإيجاب والقبول يتحقق باتحاد المجلس، وهذا مذهب جمهور الفقهاء أيضًا، فلو قال البائع: بعتك الدار بكذا، فلم يجبه المشتري ثم تفرقًا من المجلس، فليس للمشتري أن يقبل بعد ذلك من غير إيجاب مبتدأ.

وأما الفصل بين الإيجاب والقبول، فإن كان بما يدل على الإعراض عن البيع عرفًا كأن يخرجا عنه لغيره، لم يلزم البيع إلا بإيجاب مبتدأ. أما إذا تراخى القبول عن الإيجاب بفاصل لا يدل على الإعراض عرفًا، فإن القبول يلتحق بالإيجاب ويتم العقد، فلا يضر تراخي القبول عن الإيجاب ما دام قد حصل في مجلس العقد.

وإنما لم يشترط مالك ومن وافقه كون القبول فور الإيجاب - كما شرطه من خالفهم - لرفع الحرج عن الناس، لأن من وجه إليه الإيجاب قد يفاجأ به، فإما أن يرفضه فورًا فتفوت الصفقة عليه إن كانت نافعة، وإما أن يقبل فورًا فيكون الضرر إذا كانت صفقة خاسرة. فكان من المستحسن إعطاؤه مهلة يتروى فيها، وقدرت بمدة المجلس لأنه جامع للمتفرقات، وهي كافية للتروي، على أنه لو جعلنا المدة أكثر من ذلك وليس هناك ما يحددها بزمن معين لجاز امتدادها أيّامًا كثيرة حتى يتم القابل مشورته، وفي ذلك إلحاق الضرر بالموجب، لأنه قد يكون حجرًا عليه في التصرف، فإذًا يكون التحديد بمجلس العقد توسطًا بين الأمرين: الفورية والامتداد من غير تحديد، وفيه مراعاة لمصلحة الطرفين ودفع الضرر عنهما بقدر الإمكان.

ثم إنه ليس المراد باتحاد المجلس كون المتعاقدين في مكان واحد، لأنه قد يكون أحدهما في مكان غير مكان الآخر، كالمتعاقدين بواسطة الهاتف أو بالمراسلة، وإنما المراد به الوقت الذي يكون المتعاقدان مشتغلين فيه بالتعاقد، ما لم يفصل بين الإيجاب والقبول فاصل أجنبي يعتبر إبطالا للإيجاب، كإعراض القابل عن هذا الإيجاب باشتغاله بشيء آخر غير العقد، وكرجوع الموجب عن إيجابه قبل قبول الطرف الآخر، فإذا لم يوجد شيء من ذلك صح القبول الصادر منه ولو طال الوقت.

وعلى هذا يكون مجلس التعاقد بالهاتف هو زمن الاتصال، فما دامت المحادثة في شأن البيع قائمة اعتبر المجلس قائمًا، وإذا انتقلا إلى حديث آخر اعتبر المجلس منتهيًا.

والمجلس في التعاقد بواسطة إرسال رسول أو خطاب هو مجلس تبليغ الرسالة أو الخطاب، وعلى هذا فلو تبدل المجلس قبل القبول لم ينعقد، لأن الإيجاب عرض ينتهي

بمجرد الانتهاء منه، ولكن الشارع اعتبره باقيًا ما دام المجلس قائمًا، فإذا انفض المجلس زال ذلك الاعتبار ويحكم بانعدام الإيجاب، فإذا جاء قبول بعد هذا لا يجد إيجابًا يرتبط به.

* **هل الإيجاب وحده ملزم لصاحبه؟**

إذا كان انعقاد العقد يتوقف على وجود الإيجاب والقبول وتوافر الشروط السابقة فلا يكون لوجود الإيجاب وحده أثر في إنشاء العقد، ولكن هل يكون وجود الإيجاب وحده ملزما لصاحبه الذي صدر منه فلا يجوز له الرجوع عنه حتى يعرف رأي من وجه إليه أو لا؟ في ذلك خلاف:

1- المشهور في مذهب مالك أن الموجب لا يملك الرجوع عن إيجابه، فإن رجع أحد المتبايعين عما أوجبه لصاحبه قبل أن يجيبه الآخر لم يفده رجوعه إذا أجابه صاحبه بعد ذلك بالقبول في المجلس، فإذا صدر منه الإيجاب كان ملزمًا له لا يبطله إلا إعراض الآخر أو بانتهاء المجلس.

وهذا إذا كان المتكلم ابتداء في صيغة يلزمه بها الإيجاب كصيغة الماضي، أما إذا كان في صيغة لا يلزمه بها الإيجاب كصيغة المضارع، فله عدم الرضا والرجوع عن إيجابه قبل رضا الآخر، لأن المضارع صيغة لا يلزم بها البيع لضعف دلالته على الرضا عرفًا - كما تقدم.

وحجة القول بأن الموجب لا يملك الرجوع عن إيجابه هي أن الموجب بإيجابه قد أثبت للطرف الآخر حق القبول والتملك، فله أن يستعمل هذا الحق إذا أراد ويقبل ما عرض عليه، وله أن يتنازل عنه ويرفضه، وحينئذ يكون الموجب مقيدًا في تصرفه حتى يتنازل الآخر عن حقه، وعلى هذا لا يكون الرجوع قبل القبول مبطلا للإيجاب.

2 - والقول المقابل للمشهور - وهو أيضًا مذهب الأئمة الثلاثة - يقول: إن الموجب له حق الرجوع قبل قبول الطرف الآخر، لأنه لم ينشئ التزاما مطلقا، بل أنشأ التزاما مقيدًا بقبول الطرف الآخر ومعلقا عليه، فما دام لم يتحقق الشرط وهو القبول لم يكن هناك التزام بل مجرد عرض لا يكون فيه حق ثابت للآخر، لأنه مقيد بوجود رضاه به وهو لم يحدث - على أن ملك الموجب ثابت وحقه في التمسك به أقوى من حق غيره - وإذا كان الأمر كذلك فإن رجوعه قبل قبول الآخر يكون إبطالا لإيجابه السابق، وهذا الرأي أقوى حجة، وهو الراجح.

جـ - مبطلاتها:

يبطل الإيجاب بأمور:

أحدها: الرجوع عنه قبل القبول في المجلس عند من يجيز الرجوع قبله، وقد تقدم قريبًا. ثم إن الرجوع قد يكون صريحًا وقد يكون ضمنيًا، كأن أوجب إيجابًا ثانيا مخالفا للأول، فإذا قال: بعت لك هذا بمائة، ثم قال قبل قبول الآخر: بعته بمائة وعشرين، فإن الإيجاب الثاني يعتبر إعراضًا عن الإيجاب الأول وإبطالا له.

ثانيها: رفضه ممن وجه إليه صراحة، أو ضمنًا بإعراضه عنه، لأنه موجه إليه ليقبله أو يرفضه، فإذا رفضه بصريح العبارة أو أعرض عنه كان ذلك إبطالا للإيجاب الموجه إليه.

ثالثها: انتهاء مجلس العقد قبل قبول الآخر، وهذا متفق عليه، لأن الإيجاب اعتبر موجودًا ما دام المجلس قائما، فلما انتهى زال ذلك الاعتبار، غير أن انتهاء المجلس يبطل الإيجاب بشرط ألا يكون الموجب قد قيد نفسه بمدة أكثر من المجلس، كأن يقول أنا على إيجابي مدة يومين مثلا، لأن هذا التقييد ملزم له، ويكون للطرف الآخر أن يقبل في هذه المدة، وحينئذ لا يبطل الإيجاب بانتهاء المجلس على أن هذا المبطل «انتهاء المجلس» قد يكون من الموجب إذا أتى بشيء ينهي المجلس، وقد يكون من الموجه إليه كأن يفارق الموجب قبل القبول، فهو مشترك بينهما، بخلاف الشرط الأول فإنه يكون من الموجب، والثاني فإنه يكون من الموجه إليه.

رابعها: خروج الموجب عن أهليته بالموت أو بالجنون قبل قبول الآخر، فإذا جاء قبول بعد ذلك لم يجد إيجابًا يرتبط به، لأن بقاء الإيجاب مدة المجلس أمر اعتباري، فإذا زالت أهلية الموجب زال معها هذا الاعتبار لاحتمال رجوعه لو بقي على أهليته، وهذا على مذهب من يرى أن الإيجاب قبل القبول غير ملزم، وأيضًا فإن من خرج عن أهليته قبل قبول الآخر لا يفهم القبول وهو شرط للانعقاد. ومثل ذلك زوال أهلية من وجه إليه الإيجاب بالموت أو الجنون قبل القبول، لأن الإيجاب لا يعمل وحده من دون القبول، وبزوال الأهلية لا يوجد قبول فيلغى الإيجاب.

خامسها: هلاك المبيع المعين قبل القبول، لأن تلف المبيع وقت ضمان البائع له مبطل لعقد البيع حتى بعد تمام العقد، وأولى بالبطلان إذا هلك قبل القبول فيبطل الإيجاب لانعدام محله، لأن المبيع المعين لا بدل له، وكذا تغير المبيع قبل القبول تغيرًا يصيره شيئًا آخر، فيبطل الإيجاب.

ثم إن القبول الصادر بعد بطلان الإيجاب في الصور السابقة يكون إيجابًا جديدًا لا يجد إيجابًا قبله يرتبط به، فيعتبر ابتداء عقد، فإذا التحق به قبول من الطرف الآخر في المجلس تم العقد، وإلا أخذ حكم الإيجاب السابق.

د - اختلاف الفقهاء في لزوم العقد قبل التفرق:[1]

وهو مما يتصل بموضوع الإيجاب والقبول، ومنشؤه هو: هل يثبت العقد ويلزم بمجرد الإيجاب والقبول، أم لا يلزم بذلك، بل يكون لكل من المتعاقدين حق فسخ العقد ما لم يتفرقا بالأبدان؟ وحق الفسخ هذا قبل التفريق هو المسمى «بخيار المجلس»، ووقته المحدد له هو مجلس العقد كما يدل عليه اسمه.

وقد اختلف الأئمة في ثبوت هذا الخيار على مذهبين:

المذهب الأول: ثبوته، ومعناه أن البيع لا يقع لازمًا بمجرد حصول الإيجاب والقبول، بل يقع جائزًا، ولكل واحد من المتبايعين الخيار ما داما مجتمعين لم يتفرقا بالأبدان، وهذا قول أكثر الأئمة، وإليه ذهب الشافعي وأحمد وإسحاق وأبو ثور وأهل الظاهر، وحكوه عن ابن حبيب من المالكية[2].

المذهب الثاني: عدم ثبوته، بل يلزم البيع بنفس الإيجاب والقبول ولا خيار لهما، وهذا مذهب مالك وأبي حنيفة، ويروى عن النخعي وربيعة.

أدلة القول الأول: استدل القائلون بثبوت خيار المجلس بأحاديث صحيحة في ثبوتها صريحة في دلالتها، منها ما روي عن ابن عمر أنه قال: قال رسول الله ﷺ: «المتبايعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه ما لم يتفرقا إلا بيع الخيار». رواه الشيخان.

---

(1) من مراجع هذا البحث: الذخيرة للقرافي جـ 5 ص 20 وما بعدها، والفروق: له أيضًا، وتهذيب الفروق المطبوع معه: الفرق السادس والتسعون بعد المائة، والمجموع للإمام النووي المجلد السابع مبحث «خيار المجلس»، والمغني لابن قدامة جـ 4 ص 6 وما بعدها.

(2) ذهب إلى إثبات خيار المجلس جماعة من الصحابة منهم: علي، وأبو برزة الأسلمي، وابن عمر، وابن عباس، وأبو هريرة. ومن التابعين: شريح، والشعبي، وطاووس، وعطاء، وابن أبي مليكة. نقل ذلك عنهم البخاري، وذهب إليه أيضًا سعيد بن المسيب، والزهري، وابن أبي ذئب من أهل المدينة، والحسن البصري، وابن جريج، والأوزاعي، وغيرهم. نقل ذلك عنهم ابن المنذر. وبالغ ابن حزم فقال: لا يعرف لهم مخالف من التابعين إلا النخعي وحده.

وفي رواية قال: قال رسول الله ﷺ: «إذا تبايع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا وكانا جميعًا، أو يخير أحدهما صاحبه فتبايعا على ذلك فقد وجب البيع، وإن تفرقا بعد أن تبايعا ولم يترك واحد منهما البيع فقد وجب البيع». رواه الشيخان.

وفي رواية: «البَيِّعَانِ بِالخَيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا، أَوْ يَقُولَ أَحَدُهُمَا لِصَاحِبِهِ: اخْتَرْ». رواه الشيخان.

وكان ابن عمر إذا تبايع البيع وأراد أن يجب مشى قليلا ثم رجع. رواه مسلم.

وعن عباد بن نسيب قال: «غزونا غزوة فنزلنا منزلا، فباع صاحب لنا فرسًا لغلام، ثم أقاما بقية يومهما وليلتهما، فلما أصبحا من الغد حضر الرحيل فقام إلى فرسه يسرجه وقد ندم، وأتى الرجل وأخذه بالبيع فأبى الرجل أن يدفعه إليه، فقال: بيني وبينك أبو برزة صاحب النبي ﷺ، فأتيا أبا برزة في ناحية العسكر، فقالوا له القصة، فقال: أترضيان أن أقضي بينكما بقضاء رسول الله؟ قال رسول الله ﷺ: «البَيِّعَانِ بِالخَيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا»، وفي رواية قال: «مَا أراكما افترقتما». رواه أبو داود بإسناد صحيح.

وعن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ «بايع رجلا، فلما بايعه قال: اختر، ثم قال الرسول: هكذا البيع». رواه أبو داود الطيالسي والبهيقي.

وفي المسألة أحاديث كثيرة من رواية أبي هريرة وجابر وسمرة وعمرو بن شعيب وحكيم بن حزام.

وهذه الأحاديث صريحة في أن المتعاقدين اللذين تم البيع بينهما لايلزمهما العقد قبل التفرق، ومقتضى ذلك أن يثبت لهما الخيار في فسخه.

والذين لم يثبتوا هذا الخيار - وهم الحنفية والمالكية - قالوا: إن خيار المجلس مشتمل على الغرر ومخالفة القواعد والأدلة.

- أما اشتمال خيار المجلس على الغرر فلأن الأصل في العقود اللزوم لذوي الحاجات من الأعواض، فإن العقد لا يقع إلا لحاجة، إذ العقود أسباب لتحصيل المقاصد من الأعيان، والأصل ترتب المسبّبات على أسبابها حتى تندفع بذلك الحاجة لأنها إنما تندفع باللزوم، وثبوت خيار المجلس غرر إذ لا يدري كل واحد منهما ما يحصل له من الثمن والمثمن زمن الخيار، فيحصل الغرر ولا تندفع الحاجة.

الجواب: أن يقال إن الأصل في العقود اللزوم بعد خيار المجلس لا قبله، فيقال بموجب ذلك الأصل بعد الخيار، والغالب عادة أن لا يطول مجلس المتبايعين طولا بفوت

المقصود من العوضين، كيف وقد قال عليه الصلاة والسلام في الحديث: «أَوْ يَقُولَ أَحَدُهُمَا لِصَاحِبِهِ: اخْتَرْ».

قالوا: إنّ لنا عشرة أوجه تسقط دلالة هذه الأخبار على ثبوت خيار المجلس:

* الوجه الأول: أن قوله «المتبايعان بالخيار» أراد به ما داما في المساومة وتقرير الثمن قبل تمام العقد، لأنهما بعد تمام العقد لا يسميان متبايعين حقيقة، وإنما يقال كانا متبايعين، لأن اسم الفاعل حقيقة في الحال مجاز إذا مضى معناه على الأصح، فإذا انقطعت أصوات الإيجاب والقبول انقطعت المبايعة التي هي علة ثبوت الخيار فينعدم الخيار المرتب عليها، فلا يبقى خيار بعد الإيجاب والقبول، فأُطلق المتبايعين على محاولي البيع والابتياع وهما المتساومان قبل العقد، وسموا هذا الخيار خيار القبول.

الجواب: أولاً: بأن القول إن اسم الفاعل حقيقة في حال التلبس مجازٌ إذا مضى غير صحيح، بل الصحيح أن اسم الفاعل حقيقة في الماضي وفي الحال وفي الاستقبال من حيث إنه مستعمل في الأزمان الثلاثة، والأصل الحقيقة، والمجاز خلاف الأصل. فالمتبايع: معناه ذات اتصفت بالمبايعة لغة، ولا دليل على أنه حقيقة عند التلبس بالمبايعة، وإطلاق «المتبايع» بعد انتهاء الإيجاب والقبول مجاز، لا دليل عليه لمن ادعى ذلك.

وثانيا: إن المراد أنهما ما داما في مرحلة المقاولة وتقرير الثمن قبل تمام العقد لا يسميان متبايعين بل يسميان متساومين، ألا ترى لو حلف شخص بطلاق أو غيره أنه ما بايع وكان مساوما ومتقاولا في المساومة وتقرير الثمن ولم يعقدا، لم يحنث في يمينه لأنّ المساومة ليست مبايعة.

وثالثا: إن قوله «المتبايعان» اسم مشتق من البيع، فما لم يوجد البيع لم يجز أن يشتق منه، لأن كل اسم من معنى لا يصح اشتقاقه حتى يوجد.

ورابعًا: إن حمل الخيار على ما قلنا من ثبوت خيار المجلس يحصل به فائدة لم تكن معروفة، قبل الحديث وحمله على المساوامة يخرجه عن الفائدة ويجعل مقتضى الحديث التأكيد لما هو مقرر، فإن كل أحد يعلم أن المتساومين بالخيار إن شاءا عقدا وإن شاءا تركا، وحمل كلام الشارع على التأسيس أولى إذا تحمله.

وخامسًا: إنه عليه الصلاة والسلام مد الخيار إلى التفرق، وهذا تصريح بثبوته بعد انقضاء العقد، فحمل الخيار على ما قبل العقد يناقض هذا التصريح.

وسادسا: إن راوي الحديث وهو ابن عمر فهمه على أن المتعاقدين الذين تم العقد بينهما لا يلزمهما العقد قبل التفرق، فقد كان إذا أراد إلزام البيع مشى قليلا لينقطع الخيار، وهو من فقهاء الصحابة وأعلم بمراد الحديث. روي البخاري عنه أنه قال: «بعت أمير المؤمنين عثمان مالا بالوادي بمال له بخيبر، فلما تبايعنا رجعت على عقبي حتى خرجت من بيته خشية أن يرادني البيع، وكانت السنة أن المتبايعين بالخيار حتى يتفرقا». وكذا تفسير أبي برزة إذا قال لمن اختصم إليه: «مَا أَرَاكُمَا قَدْ فَارَقْتُمَا»، وقد أقام المتبايعان يومهما وليلتهما بعد البيع،كما تقدم في الرواية.

* الوجه الثاني: المراد بالتفرق التفرق بالأقوال كقوله تعالى: ﴿وَمَا تَفَرَّقَ الذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ إِلاَّ مِن بَعْدِ مَا جَاءَتْهُمُ الْبَيِّنَةُ﴾[1] وقوله عليه الصلاة والسلام: «افْتَرَقَتْ بَنُو إِسْرَائِيلَ عَلَى اثْنَتَيْنِ وَسَبْعِينَ فِرْقَةً»: المراد التفرق بالأقوال والاعتقادات، فالمراد بقوله في الحديث: «ما لم يتفرقا» التفرق بالإيجاب والقبول، فالمعنى ما لم يتفرقا: أي ما لم يبرما العقد، فإذا أبرماه بالإيجاب والقبول فقد افترقا ولزم البيع.

الجواب عن ذلك بوجوه:

الأول: إن اللفظ لا يحتمل ما قالوه، لأن الإيجاب والقبول ليس تفرقًا منهما في قول ولا اعتقاد، لأن من أوجب القول في العقد فغرضه أن يقبله صاحبه فإذا قبله فقد وافقه، ولا يسمى مفارقة، بل بينهما اتفاق على البيع بعد الاختلاف.

الثاني: إن هذا التفسير يبطل فائدة الحديث - كما تقدم - إذ قد علم أنهما بالخيار قبل العقد في إنشائه وإتمامه أو تركه.

الثالث: إن هذا التفسير يبطله ما في بعض رواية هذا الحديث، إذ قال ﷺ: «إِذَا تَبَايَعَ الرَّجُلاَنِ فَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بالخَيَارِ بَعْدَ تَبَايُعِهِمَا»، وقال ﷺ: «وَإِنْ تَفَرَّقَا بَعْدَ أَنْ تَبَايَعَا وَلَمْ يَتْرُكْ أَحَدُهُمَا البَيْعَ فَقَدْ وَجَبَ البَيْعُ»، وهذا صريح في أن الخيار بعد تمام البيع لا قبله.

* الوجه الثالث: ما جاء في بعض طرق هذا الحديث، قال ﷺ: «البَيِّعَانِ بِالخَيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا إِلاَ أَنْ تَكُونَ صَفْقَةَ خِيَارٍ فَلاَ يَحِلُّ لَهُ أَنْ يُفَارِقَ صَاحِبَهُ خَشْيَةَ أَنْ يَسْتَقِيلَهُ»، رواه أبو داود والترمذي.

---

(1) سورة البينة، الآية 4.

قالوا: وهذا دليل على أن صاحبه لا يملك الفسخ إلا من جهة الاستقالة، فلو كان خيار المجلس مشروعًا لم يحتج للإقالة، فإن من توجهت نفسه يختار الفسخ، فلما صرح بما يقتضي احتياجه للآخر وهو الإقالة دل ذلك على بطلان خيار المجلس بعد العقد، وإنما هو ثابت قبل العقد، وأن المراد بالمتبايعين في الحديث المتشاغلان بالبيع كما تقدم في الوجه الأول.

الجواب: أن هذا دليل للقائلين بثبوت خيار المجلس، لأن معناه لا يحل له أن يفارق صاحبه مخافة أن يختار الفسخ، فعبر بالإقالة عن الفسخ، والدليل علىذلك أمران:

الأمر الأول: أنه ﷺ أثبت لكل واحد منهما الخيار ما لم يتفرقا، ثم ذكر الإقالة في المجلس، ومعلوم أن من له الخيار لا يحتاج إلى الإقالة، فدل على أن المراد بالإقالة الفسخ.

الأمر الثاني: أنه لو كان المراد حقيقة الإقالة لا يمنعه من المفارقة مخافة أن يقيله، لأن الإقالة لا تختص بالمجلس، فدل على أن المراد بالاستقالة الفسخ مجازًا.

وعلى تقدير أن لفظ الإقالة في الحديث حقيقة لا مجاز فلا دلالة فيه على بطلان خيار المجلس للأسباب التالية:

أولا: إن دل على بطلان خيار المجلس فإنها دلالة بالضمن لا بالتصريح.

ثانيا: القول بأن المراد بالإقالة حقيقتها، وأن ذلك يقتضي بطلان خيار المجلس - باعتبار أن من له الخيار لا يحتاج إلى الإقالة - يلزم من هذا القول مخالفة آخر الكلام أوّله، فإن أول الكلام في الحديث يقتضي صريحًا ثبوت خيار المجلس.

ثالثًا: يلزم من تفسير المتبايعين في الحديث بالمتشاغلين بالبيع قبل إتمام العقد، يلزم من ذلك أن يكون مقتضى الحديث تأكيدا لما هو مقرر في الفطرة من كون المتساومين بالخيار، وحمل كلام الشارع على التأسيس ألزم مهما أمكن ذلك - كما تقدم.

رابعًا: يلزم أيضًا من تفسير المتابعين بالمتساومين عدم الفائدة في الاستثناء بقوله ﷺ: «إِلاَّ أَنْ تَكُونَ صَفْقَةَ خِيَارٍ»، وصفقة الخيار هي البيع الذي تم بالتخاير ابتداء، كأن يقول: بعتك ولا خيار بيننا، ويقبل الآخر العقد علي ذلك، فلا يكون لهما خيار، لقوله في بعض الرواية: «البَيِّعَانِ بِالخَيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا، أَوْ يَقُولُ أَحَدُهُمَا لِصَاحِبِهِ: اخْتَرْ»، وهذه تفسر المراد بصفقة الخيار.

وإنما كان الاستثناء بقوله: «إلا أن تكون صفقة خيار» عديم الفائدة إذا كان المراد بالمتبايعين المتساومين، لأن المتساومين للبيع والابتياع ما لم يقع العقد بينهما يثبت لهما الخيار في كل حال من أحوالهما سواء كان صفقة خيار أو غيرها، فلو قيل: المتبايعان أي المتساومان بالخيار ما لم يتفرقا إلا صفقة خيار، لكان المعنى فاسدًا، إذْ يقتضي أن المتساومين في صفقة الخيار لا يثبت لهما الخيار قبل تمام العقد، ولا يذهب إلى ذلك عاقل، وثبوت الخيار قبل تمام العقد ثابت بالفطرة في جميع العقود فلا فرق بين عقد وعقد .

وبالجملة: ففي حمل المتبايعين على المتساومين مجاز، وحمل لفظ الإقالة على حقيقته ضرب من ضعف الكلام وتعارضه وعدم الفائدة، وكل ذلك غير لائق بفصاحة صاحب الشرع، وفي حمل الإقالة على المجاز وأن المراد بها اختيار الفسخ، وحمل لفظ المتبايعين على المتعاقدين حقيقة، قوة الكلام واستقامته وثبوت فائدته، والله أعلم.

* الوجه الرابع: المعارضة بنهيه عليه الصلاة والسلام عن بيع الغرر، وهذا من الغرر، قال الشاطبي في موافقاته: إن مالكا رد هذا الحديث لمعارضته قاعدة الغرر والجهالة القطعية، لأن المجلس ليس له حدود معروفة ولا أمر معمول به فيه لجهالة مدته، فقد رجع إلى أصل عنده أن الحديث يرد لمعارضته الأصول القطعية، لأن الأصول قطعية وخبر الواحد ظني.

والجواب: أن هذا ليس من الغرر المقطوع به، بل هو من المعفوّ عنه، فإنه ليس مما يعظم، فإن المجلس في غالب العادة لا يطول طولا يقتضي ذلك.

* الوجه الخامس: أن هذا الخيار (خيار المجلس) مناف لقاعدة الالتزامات والعقود، فإن الله أمر بالوفاء بالعقود بقوله سبحانه: ﴿**يَا أَيُّهَا الذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالعُقُودِ**﴾[1]، ولا شك أن صدور الإيجاب والقبول مرتبطين كاف في إثبات العقد فيكون مأمورا بالوفاء به، وثبوت الخيار مناف لذلك، لأن أساس العقود إنما هو التراضي من الجانبين، وقد ثبت التراضي بثبوت ما يدل عليه وهو الإيجاب والقبول فيتحقق الالتزام من غير انتظار لآخر المجلس.

---

(1) سورة المائدة، الآية 1.

والجواب عن هذا: أن هذه الأخبار صريحة في شرعية الخيار وهي لا تتنافى مع وجوب الوفاء بالعقود، إذ الآية مطلقة فتحمل على ما بعد الخيار جمعًا بين الأدلة. أو نقول إن المراد بالعقود في الآية العقود اللازمة وهي التي كانت خالية من الخيارات، ثم ماذا يقولون في البيع الذي فيه شرط الخيار؟ هل يمتنع على من له الشرط أن يفسخ العقد؟ فإن قالوا: إن ذلك ورد فيه نص خاص، قيل لهم: وهذا كذلك، والحديث صحيح مشهور رواه أصحاب الكتب الستة.

وأما قضية التراضي فإن هذا الخيار مشروع ليكون التراضي تاما، فهو تأكيد للتراضي لا مناف له.

* الوجه السادس: لو صح خيار المجلس لتعذر على الشخص الواحد تولي طرفي العقد، كشراء الأب لابنه الصغير والوصي والحاكم، لكن ذلك غير متعذر بل مجمع عليه، فيلزم على صحة خيار المجلس ترك العمل بالدليل ولا يلزم على عدم صحته ذلك، وكذلك يلزم ذلك على القول بالصحة فيما يسرع إليه الفساد من الأطعمة كالهرائس والكنائف، ولا يلزم على عدم الصحة ذلك.

والجواب: لا يثبت الخيار في هذه الحالة، وكلام الشارع في خيار المجلس ليس مطلقًا، بل حيث لا يتعذر الخيار، وما ذكره المعترض يتعذر فيه الخيار لأن من تولى طرفي العقد لا يفارق نفسه وإن فارق المجلس، فإذا اشترى لنفسه من مال ولده أو اشترى لولده من نفسه لم يثبت فيه خيار المجلس، لأنه يتولّى طرفي العقد، فلم يثبت له الخيار كالشفيع.

وقيل يثبت خيار المجلس لمن تولّى طرفي العقد، فعلى هذا يثبت خيار للولد وخيار للأب ويكون الأب نائب الولد، فإن ألزم البيع لنفسه وللولد لزم، وإن ألزم لنفسه بقي الخيار للولد، فإذا فارق المجلس لزم العقد، وهذا أصح الوجهين عند الشافعية كما في مجموع النووي، وعند الحنابلة قولان كهذين من غير ترجيح.

* الوجه السابع الدال على بطلان خيار المجلس: أنه مجهول العاقبة، إذ ليس له ضابط إلا الافتراق، ومدة المجلس مجهولة وقد تطول وقد تقصر، فأشبه ما لو شرطا خيارًا مجهولا، وكل مجهول العاقبة أو النهاية في الزمان من خيار الشرط الذي صرح به في العقد أجمع على بطلانه، فأولى أن يقتضي ذلك بطلان خيار المجلس الذي لم يصرح به في العقد.

الجواب: أن الخيار الثابت شرعًا لا يضر جهالة زمنه، فهو مضبوط بالاعتبار، وما يلزمه غالبا من التفاوت معفوٌّ عنه. فالخيار المعتبر شرعا لا يشترط تحديد زمانه، ألا ترى إلى خيار العيب والأخذ بالشفعة، بخلاف خيار الشرط المجهول الزمان فلا يصح، لأنه يتعلق باشتراط العاقدين فلا بد من بيان مدته.

* الوجه الثامن: البيع عقد وقع الرضا به، فيبطل خيار المجلس فيه كما يبطل بعد إمضاء العقد.

الجواب: أن هذا قياس فاسد الوضع، لأنه في معارضة النص، فلا يلتفت إليه إذ لا قياس مع النص.

* الوجه التاسع: قياس البيع على النكاح والخلع بجامع أن كلا عقد معاوضة. والنكاح والخلع لا يثبت فيهما خيار المجلس بل يلزم العقد فيهما بمجرد الإيجاب والقبول، فكذلك البيع.

الجواب: أن هذا قياس مع النص فلا يلتفت إليه، إذا لا قياس مع النص كما تقدم، ولأنه قياس مع الفارق فلا يصح، لأن النكاح لا يقع غالبًا إلا بعد رَوِيَّةٍ ونظرٍ وتمكث فلا يحتاج إلى الخيار بعده، ولأن في ثبوت الخيار فيه مضرة لما يلزم من رد المرأة بعد ابتذالها بالعقد وذهاب حرمتها بالرد وإلحاقها بالسلع المبيعة، فلم يثبت فيه خيار لذلك، ولهذا السبب أيضًا لم يثبت فيه خيار الشرط ولا خيار الرؤية، فلم يوجد جامع بين المقيس والمقيس عليه، ولا قياس بغير جامع يصلح علة جامعة.

* الوجه العاشر من الوجوه المبطلة لخيار المجلس: عمل أهل المدينة، فقد قال مالك: العمل عندنا بالمدينة خلاف ذلك، فإن فقهاء المدينة لا يثبتون خيار المجلس، ومعلوم في مذهبه أن الحديث إذا خالف عمل أهل المدينة تركه، لأن عمل أهل المدينة مقدم على خبر الواحد، قالوا: فإن تكرر البيع عندهم مع الأنفاس فعدم خيار المجلس بين أظهرهم يدل على عدم مشروعيته دلالة قطعية، والقطع مقدم على الظن.

وهذا الدليل للمالكية، وهو أقوى ما احتجوا به على بطلان خيار المجلس حتى قال بعض محققي المالكية[1]: ليس للمالكية كلام يقوى غير هذا، فإذا ثبت عمل أهل المدينة رجح على خبر الواحد.

(1) هو ابن الشاط - قاسم بن عبد الله الأنصاري - انظر حاشيته على الفروق جـ 3 - ص: 269 - 274، وانظر الفروق وتهذيبه، الفرق السادس والتسعون والمائة.

ولكن المخالفين في المسألة يقولون:

أولا: إن عمل أهل المدينة ليس حجة عندنا بل هو اصطلاح لمالك وحده، وهذه الأخبار المثبتة لخيار المجلس صحيحة صريحة، فلا تُرَدُّ السنن الصحيحة لترك فقهاء المدينة العمل بها، ذلك أن الفقهاء ورواة الأخبار لم يكونوا في عصر مالك ولا في العصر الذي قبله منحصرين في المدينة ولا في الحجاز، بل كانوا متفرقين في أقطار الأرض، مع كل واحد قطعة من الأخبار لا يشاركه فيها أحد فنقلها، ووجب على كل مسلم ثبتت عنده بطريق صحيحه قبولها. ولا نطيل في الكلام على حجية عمل أهل المدينة لأن المسألة بما لها وما عليها مذكورة في أصول الفقه.

ثانيا: على فرض أن عمل أهل المدينة حجة مسلمة، ولكن لا نسلم أن فقهاء المدينة متفقون على عدم خيار المجلس، والأمر ليس كذلك، فهذا الإمام الزهري يذهب إلى القول بخيار المجلس، حكاه عنه ابن المنذر، وهذا ابن أبي ذئب أحد فقهاء المدينة في زمن مالك يقول بخيار المجلس، وقد اشتد إنكاره على مالك في هذه المسألة وأغلظ في القول بعبارات قاسية مشهورة، والمقصود أنه لا يصح دعوى اتفاق أهل المدينة في هذه المسألة.

والحق أن ثبوت خيار المجلس ظاهر لظهور دليله وضعف ما ذكره المخالف في مقابلته، والله أعلم.

العقود التي يدخلها خيار المجلس: الدليل المثبت لخيار المجلس ورد في عقد البيع، ويقاس عليه ما هو في معناه من العقود، وهي العقود اللازمة من الجانبين القابلة للفسخ - وذلك عقود المعاوضات المالية مثل الإجارة والشركة وصلح المعاوضة والهبة بشرط العوض - وأما العقود غير اللازمة من الجانبين، كالعارية والوديعة والوكالة، وكذا العقود اللازمة من جانب واحد، كالرهن والكفالة، فهذه ليس فيها خيار المجلس لإمكان فسخها في أي وقت.

وواضح أن العقود اللازمة غير القابلة للفسخ من جانبين أو من جانب واحد كالنكاح والخلع لا يدخلها خيار المجلس أيضًا، لأن آثارها مترتبة عليها بمجرد صدورها ولا يمكن تأخيرها، وثبوت الخيار يؤخر الأثر، ولأن هذه العقود ليست بحاجة إلى هذا الخيار لكونها لا تتم غالبًا إلا بعد رَوِيَّةٍ ومشاورة وإعمال فكر.

العقد بين الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة[1]:

من البديهي أنه إذا لم يصدر من الشخص عبارة أو ما يقوم مقامها من إشارة أو كتابة لا يوجد عقد، لأن الحكم بوجوده تابع لوجود صورته في الخارج ولم توجد، أما إذا صدرت العبارة منه، فذلك له صور:

الصورة الأولى: أن تصدر العبارة من غير قصد النطق بها، كما لو عبر بما يفيد العقد نائم أو مجنون أو سكران أو مغمى عليه أو صبي لا يميز، فهذه العبارة لاغية لا يترتب عليها شيء، وهذا باتفاق الفقهاء، لم يختلفوا في ذلك إلا في عبارة السكران، فمن الناس من يرى أنها لاغية مطلقًا، ومنهم من فرق بين السكر بمحرم والسكر بمباح، فتعتبر عبارته وتترتب عليها آثارها إذا كان السكر بسبب محظور، ولا تعتبر إذا كان بسبب مباح، وسيأتي تفصيل القول في ذلك عند الكلام على شروط العاقد.

الصورة الثانية: أن تصدر العبارة مع قصد التلفظ بها لكن من غير فهم لما تدل عليه، كما لو لَقَّن شخص آخر عبارة لا يفهم لها معنى كما لو خوطب بلغة لا يفهمها، فهذا لا يترتب على عبارته شيء في جميع العقود، لأن عدم الفهم ينفي القصد، والقصد أساس الرضا.

وهذا قول جميع الفقهاء ما عدا بعض الحنفية الذين قالوا: إن من صدرت منه العبارة من غير فهم لما تدل عليه ملزم بأثر عبارته في التصرفات التي يتساوى فيها الجد والهزل، - وهي النكاح، والطلاق، والرجعة، والإعتاق، واليمين - وزعموا بأن الفهم لمضمون اللفظ شرط لأجل القصد، وهذه التصرفات لا يشترط فيها القصد، فلا يشترط فيمن نطق بما يدل عليها أن يكون فاهما لمعناها.

وهذا فاسد، لأن عدم اشتراط القصد في تلك التصرفات إنما يأتي بعد فهم المعنى، والعبارات التي تصدر ممن لا يفهمها عبارات مهملة، ولا يعقل أن يرتب الشارع أحكامًا على عبارات غير مفهومة المعنى.

الصورة الثالثة: أن تصدر العبارة مع قصد التلفظ بها وفهم معناها ولكنه أراد بها غرضًا آخر غير إنشاء العقد، وذلك الغرض لا يحتاج في تحققه إلى التظاهر بإنشاء العقد،

---

(1) الأستاذ محمد مصطفى شلبي المصدر السابق ص 451. وانظر المغني لابن قدامة جـ 4 - مبحث ما ينعقد به البيع، والنووي المجموع جـ 7 - 164 .

وذلك كما لو ردّد شخص عبارة تدل على إنشاء عقد من العقود لغرض حفظها أو الإخبار بها بما حصل في زمن مضى، أو قصد بها التعليم أو التمثيل أو غير ذلك من الأغراض:

فهذه الصورة لا يترتب على العبارة فيها أيّ أثر من آثار العقد في جميع العقود باتفاق الفقهاء، فمن يقرأ في كتاب فيه عبارات تدل على إنشاء العقود فأخذ يردد تلك العبارة لغرض حفظها فإنه لا يكون ملزما بها حتى ولو كان معه شخص آخر وأجابه بما يفيد القبول عند سماع كلامه، وكذلك من ينطق بها يقصد تعليمها للآخرين.

ومن هذا القبيل عبارات الممثلين، فلو قال الرجل في هذه الحالة لامرأة: زوجيني نفسك، فقالت: زوجتك نفسي، فهما كما ترى يقصدان التلفظ بالعبارة مع فهم معناها، ولكنهما لم يقصدا إنشاء عقد، بل قصدا غرضًا آخر وهو التمثيل وحكاية أقوال أشخاص القصة التي يحكونها.

الصورة الرابعة: أن تصدر العبارة مع قصد التلفظ بها والفهم لمعناها لكنه قصد بها تحقيق غرض آخر غير إنشاء العقد، إلا أن هذا الغرض لا يتحقق إلا مع التظاهر بإنشاء العقد، كأن يقصد بالعبارة الهزل أو الاستهزاء، فإن الهازل صدرت منه العبارة باختياره لغرض الهزل، وهذا الغرض لا يتحقق إلا بإنشاء العقد، وكذلك في الاستهزاء، وكذا المكره، فإنه صدرت منه العبارة باختياره لغرض دفع الأذى عن نفسه، وهو لا يكون إلا مع التظاهر بإنشاء العقد.

ففي حالة الهزل والاستهزاء تجد الشخص ينطق بالعبارة الموضوعة لإنشاء العقد مع فهمه لمعناها ولكنه لم يرض بترتب آثارها عليها، بل تظاهر بإنشاء العقد ليتحقق غرضه الذي قصده من الهزل والاستهزاء، فهل تصلح العبارات الصادرة عن هؤلاء لإنشاء العقد وترتب الأثر عليها؟

أما عبارة الهازل والمستهزئ فقد اختلف الفقهاء في صلاحيتها لإنشاء العقد وترتب الآثار عليها:

1 - ذهب بعض المالكية إلى أن عبارة الهازل والمستهزئ وأمثالهما لا يترتب عليها أي أثر في جميع العقود، لا فرق بين عقد وعقد، لأن القرائن دالة على عدم إرادة إنشاء العقد، والإرادة أساس العقود فإذا انتفت انتفى العقد.

2 - وذهب الشافعية في القول الراجح عندهم إلى أن عبارات الهازل وأمثاله صالحة لإنشاء العقود وترتب الآثار عليها عملا باللفظ، ولا مبالاة بالقصد ودعوى الهزل وغيره[1].

ولأن سبب الهزل إن كان سابقًا على العقد بأن اتفق العاقدان على ذلك، يكون بمنزلة الشرط السابق على العقد، وهذا الشرط لا يؤثر في العقد عندهم.

3 - وذهب الحنفية والحنابلة وأكثر المالكية، وهو القول الثاني للشافعية، إلى التفصيل بين التصرفات التي سوى الشارع فيها بين الجد والهزل - وهي النكاح، والطلاق، والرجعة، والإعتاق، والأيمان - وبين غيرها من العقود والتصرفات، فصححوا عبارة الهازل في النوع الأول ورتبوا عليها الآثار استنادًا إلى قوله عليه الصلاة والسلام: «ثَلاَثٌ جِدُّهُنَّ جِدٌّ وَهَزْلُهُنَّ جِدٌّ: النِّكَاحُ، وَالطَّلاَقُ، وَالعِتَاقُ»، وفي بعض الروايات «الرجعة»، وفي بعضها «اليمين»، ولأن هذه التصرفات حق الله، وهو ليس موضعا للهزل والاستهزاء.

وأما النوع الثاني وهو عقود المبادلات المالية والعقود التي موضوعها المال كالهبة والعارية والوديعة، فإنهم لم يرتبوا فيها على عبارة الهازل وأمثاله آثارًا لعدم تحقق الرضا الذي تقوم الإرادة عليه.

ولكن غير الحنفية من الفقهاء يعتبرونها عبارة فاسدة غير صالحة لإنشاء العقد، فلم ينعقد بها العقد، فلو رضي بالعقد وآثاره بعد ذلك لا ينعقد العقد صحيحًا، لأن الباطل لا يلحقه تصحيح.

أما الحنفية فيقولون: إن عبارة الهازل في حد ذاتها صحيحة صالحة لإنشاء العقد، ولولا فوات الرضا لترتبت الآثار عليها، فالعقد انعقد بها ولكنه فسد لفوات الرضا الذي هو عماد صحة العقود، وعلى هذا لو رضي بعد ذلك بهذا العقد في المدة المقررة - وقدرها أبو حنيفة بثلاثة أيام - صح العقد، لأن فساده كان من جهة الخلل في الرضا، فيرتفع هذا الفساد بوجود الرضا.

ومن صور الهزل أن يتفق شخصان على أن يتظاهر أحدهما ببيع ماله للآخر لدفع أذى ظالم هدده في ماله، ثم يعقد بناء على هذا الاتفاق - وهو المسمى في عرفهم

(1) انظر المجموع للنووي المجلد السابع ص 174 .

ببيع التلجئة - فعند الشافعي: هذا البيع صحيح تترتب عليه آثاره، ولا عبرة بالاتفاق السابق، وجمهور الفقهاء يذهبون إلى عدم صحته، لأنه ليس بيعًا حقيقة وإنما هو بيع صوري، حيث جاء مجردا من الإرادة التي هي أساس العقود.

ومن صور الهزل كذلك المواضعة على الزيادة في الثمن عند العقد مع الاتفاق على ثمن أقل منه لغرض منع الشفيع من الأخذ بالشفعة، فالشافعي يعتبر الثمن الذي ذكر في العقد، وغيره - وهم جمهور الفقهاء - يرون أن الثمن المتفق عليه سرًا هو المعتبر.

وأما عبارة المكره فإن الشخص قصد التلفظ بها مع فهمه لمعناها ولكن لم يرض بما يترتب عليها من الآثار، لأن الإكراه معدم للرضا، والملجئ منه مفسد للاختيار عند الحنفية، والإكراه غير الملجئ لا يفسد الاختيار، لأن المكره يستطيع أن يتحمل الأذى المهدد به في غير الملجئ بخلاف الملجئ[1] فلا يتحمله.

والحنفية ذهبوا في الإكراه مذهبهم في الهزل، قالوا إنه مختار في التلفظ لأنه اختار أهون الشرين فيكون العقد منعقدًا بعبارته، إلا أنه غير صحيح لعدم الرضا فيكون فاسدًا، ويترتب على ذلك أنه إذا رضي به في مدة ثلاثة أيام صح العقد وترتب عليه الأثر إذا كان الإكراه في العقود المالية وما ألحق بها من العقود التي موضوعها المال كالهبة والعارية.

وأما العقود التي فيها حق الله تعالى - وهي النكاح، والطلاق، والعتاق، والرجعة، واليمين - فإنها عندهم تقع صحيحة من أول الأمر سواء رضي المكره بذلك في المدة المذكورة أو لم يرض، لأن الشارع جعل العبارة في هذه العقود عند القصد إليها قائمة مقام الإرادة، بدليل أن الشرع اعتبرها صحيحة من الهازل مع أنه قصد العبارة ولم يقصد ترتب الأثر.

غير أن ما ذكره الحنفية، وإن استقام في العقود المالية وما ألحق بها نظرًا لتوقفه على إجازته ورضاه به بعد زوال الإكراه، وذلك كاف في رفع الضرر الذي يلحقه من

---

(1) الإكراه الملجئ هو التهديد بقتل النفس، أو إتلاف عضو، أو بإتلاف جميع المال، أو بالضرب المبرح الذي لا يتحمله المكره ويخشى منه التلف، أو بالحبس الدائم، أو بعمل مهين لشخص له منزلة وجاه. وأما الإكراه غير الملجئ فهو التهديد بما يوجب همًا وغمًا بغير ما سبق وللفقهاء والأصوليين تفصيلات في حد الإكراه وشروطه وأنواعه والمؤثر منه وغير المؤثر. يطلب تفصيله في كتب الأصول في مبحث «عوارض الأهلية».

الإكراه، إلا أن ما ذكروه من وقوع عقد المكره صحيحا من أول الأمر وإن لم يرض به في العقود التي سوى الشارع فيها بين الجد والهزل، هذا الذي ذكروه غير مستقيم، إذ كيف يقع طلاق المرأة تحت التهديد بالقتل؟ أو تصبح المرأة زوجة بإيجاب وقبول مزيف تحت الإكراه؟ وهي العقود التي قالوا فيها: إنها تقع صحيحة وإن لم يرض بها المكره عليها.

وقولهم إنه مختار لا يفيدهم، لأن اختياره في الإكراه غير الملجئ وإن سلم، ولكنه غير سليم في الإكراه الملجئ كما قرروه. وقياسهم المكره على الهازل في إلزامه بهذه العقود الخمسة غير صحيح لوجود الفارق، فالهازل أتى بما يستحق عليه العقوبة واللوم، والمكره لم يأت بشيء من ذلك.

هذا مذهب الحنفية في عقود المكره، ولا يخفى ما فيه من الإضرار به، وقواعد الشرع تقتضي رفع الضرر، وإلزام المرء بعقد لم يرض ولم يلتزم به إضرار له.

وأما الظاهرية والشافعية والحنابلة فيذهبون إلى أن الإكراه معدم للرضا، فتكون عبارة المكره غير صحيحة فلا يترتب عليها أثر في جميع العقود، سواء منها العقود التي سوى الشارع بين الجد والهزل أو غيرها - وهي عقود المعاملات المالية - ودليلهم على ذلك الحديث، وهو قوله عليه الصلاة والسلام: «إِنَّ اللَّهَ تَجَاوَزَ لِي عَنْ أُمَّتِي الخَطَأَ وَالنِّسْيَانَ وَمَا اسْتُكْرِهُوا عَلَيْهِ»، رواه ابن ماجه والبيهقي بإسناد حسن، ولأن المكره غير مختار بالنطق بالعبارة بل مضطر إلى ذلك تحت سلطان التهديد، فتكون لغوًا فلم تصح، ككلمة الكفر إذا أكره عليها المسلم.

وأما مالك فعنده أن المكره تصح تصرفاته المالية ولكن لا تلزمه، فله رد تصرفاته وله إجازتها، أما الطلاق والنكاح والعتاق فلا يصح ولا يلزمه شيء منها، وسيأتي تفصيل القول في ذلك.

وأما الصورة الخامسة: فهي أن يقصد التلفظ بها مع فهم معناها وجعلها سببا شرعيا لترتب الآثار التي رتبها الشارع، فهذه الصورة صحيحة باتفاق الفقهاء، ويترتب عليها الأثر متى كانت مستوفية لشروطها، سواء كانت العبارة المستعملة موضوعة للدلالة على إنشاء هذا العقد أو الالتزام، أو لم تكن موضوعة لذلك ولكن وجدت معها قرينة تدل على أنه أراد بها إنشاء هذا العقد، كمن يستعمل لفظ الهبة في إنشاء عقد البيع - وقد

تقدم ذلك في بيان شروط الصيغة - وهذا باتفاق الفقهاء، لم يختلفوا إلا في عقد الزواج حيث لم يجز أكثرهم عقد الزواج إلا بألفاظ خاصة.

وأما الصورة السادسة: فهي ما إذا اتجهت إرادة العاقد إلى جعله وسيلة لتحقيق غرض آخر لم يقصده الشارع من تشريعه.

فإن كان ذلك الغرض مباحًا صح العقد بالاتفاق، كمن يتزوج امرأة ليستعين بمالها أو بجاهها في غير محرم، فإن هذا المقصود مباح ولكن الزواج لم يوضع لهذا شرعًا، وإنما صح العقد في ذلك لأنه لا يتنافى مع مقاصد الزواج.

وأما إذا كان الغرض محظورا كبيع السلاح لأهل الفتنة لمن يقتل به أو لمن يبيعه للأعداء، ومثل بيع العصير ممن يتخذ خمرًا، وبيع الخشب لمن يتخذ منه آلات الملاهي، وكإجارة الدار لمن يتخذها ناديا للقمار.

فأبو حنيفة والشافعي يريان صحة هذا العقد مع الكراهة، لأن العبارة سليمة ولا عبرة لما خفي من النية غير الطيبة، لأن أمر النية متروك إلى الله يحاسب صاحبها عليها في الآخرة، قالوا: ولعل المشتري لا يستعمل ذلك الشيء في المحرم، فمن اشترى السلاح ربما لا يقتل به، ومن اشترى العصير أو العنب ربما لا يتخذه خمرًا، ومن استأجر الدار ربما لا يتخذها للقمار...

والمالكية يبطلون مثل هذا البيع سدًّا للذريعة وإن كانت عبارة العقد سليمة عملا بمبدأ النظر إلى مآل الأفعال في مجاري العادات، ولما كان القصد لا ينضبط في نفسه لأنه من الأمور الباطنة اعتمد المالكية كثرة الفعل بين الناس، لأن كثرة المحظور منهم مظنة قصدهم له، وإن كان لم يظهر لنا قصدهم فمظنة الشيء تقوم مقام نفس القصد إلى الشيء.

أما الحنابلة وأبو يوسف فيرون التفصيل، قالوا: إن هذا العقد الذي يؤدي إلى غرض محظور إذا ظهر معه هذا القصد السيئ بقرينة من القرائن كان غير صحيح، لأن العقد في هذه الحالة إعانة على معصية الله، والعقود لم تشرع لذلك وإنما جعلت وسيلة إلى قضاء الحاجات المشروعة.

وأما إذ لم يتبين بالدليل هذا الغرض، كما إذا كان المشتري مستور الحال، أو كان هذا الغرض مشكوكا فيه كأن يكون من يشتري العنب أو العصير يصنع الخمر والخل أيضًا، ففي هذه الحالة لا يبطل العقد ويترتب عليه أثره.

وهذا تفصيل حسن يتفق مع حديث: «إِنَّمَا الأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ»، ويتفق مع القاعدة الشرعية القائلة: «الأُمُورُ بِمَقَاصِدِهَا».

وفي هذا المعنى يقول الشاطبي: «كل من ابتغى في تكاليف الشريعة غير ما شرعت له فقد ناقض الشريعة، وكل من ناقضها فعمله في المناقضة باطل، فمن ابتغى في التكاليف ما لم تشرع له فعمله باطل»[1].

ومما يدخل في هذا النوع بيع العينة، وله صور اختلف العلماء في حكمها نظرًا لأنه بيع يقصد الناس منه غالبًا التعامل بالربا:

من صوره أن يرغب شخص في الاقتراض من آخر وهو لا يقبل أن يقرضه من دون فائدة فيوسطان في ذلك بيعا، بأن يبيعه المقرض عينًا من أملاكه تساوى مائة مثلا بمائة وعشرين مؤجلة إلى أجل معين، فيبيعها المشتري لذلك الشخص بمائة حالة، وقد عادت العين إليه فيأخذها، وقد يوسط شخصٌ ثالثٌ، فيبيعها المشتري لذلك الشخص بمائة حالة ويقبضها، ثم يبيعها ذلك المشتري لبائعها الأول بمائة وبذلك تتم الحيلة، فينتهي الأمر إلى أن المقرض أخذ مائة حالة بمائة وعشرين مؤجلة وهو عين الزبا - ولبيع العينة صور غير هذا.

فهذا البيع قصد به تحقيق غرض آخر غير ما شرع له البيع، وهذا الغرض محرم وهو التعامل بالربا، ففي صحته وبطلانه خلاف:

فالشافعي يرى أنه بيع صحيح لأن العبارة سليمة في حد ذاتها، والنية أمر خفيّ لا اطلاع لنا عليها، غير أن المحققين قالوا: إن كلامه هذا مقيد بما إذا لم يظهر منهما قصد التعامل بالربا، ولا يقول الشافعي بصحة هذا البيع مع ظهور القصد السيئ من العاقدين.

والأئمة الثلاثة : مالك وأبو حنيفة وابن حنبل يذهبون إلى أنه إذا لم يتوسط بينهما شخص ثالث يكون البيع غير صحيح لوضوح الغرض السيئ منه حينئذ وهو التعامل بالربا، وقد ورد في ذلك قوله ﷺ: «إِذَا ضَنَّ النَّاسُ بِالدِّينَارِ والدِّرهَم وَتَبَايَعُوا بِالعِينَةِ وَاتَّبَعُوا أَذْنَابَ البَقَرِ وَتَرَكُوا الجِهَادَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ أَنْزَلَ اللَّهُ عَلَيْهِمْ بَلاَءً فَلاَ يَرْفَعُهُ حَتَّى يُرَاجِعُوا دِينَهُمْ»، رواه أبو داود.

(1) الشاطبي: الموافقات. جزء 2 ص 333 (المسألة الثالثة من مقاصد المكلف في التكليف).

وقد أفتى بتحريم العينة كثير من الصحابة وغلظوا فيها القول، وما ذلك إلا من أن التحايل إلى المحرمات حرام.

ثانيا: العاقد وشروطه[1]:

أ - شروط الانعقاد:

أما الانعقاد - الصحة - فشرطه التمييز، بأن يكون إذا كلم بشيء من مقاصد العقلاء فهمه وأحسن الجواب عنه، فلا ينعقد بيع غير المميز لصغر أو جنون أو إغماء أو نوم أو نحو ذلك، لأنه قول يعتبر فيه الرضا، فلا يصح من غير عاقل لفقد ما يدل على الرضا، وانتقال الملك بالبيع يتوقف عليه لقوله تعالى: ﴿**لاَ تَأكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالبَاطِلِ إلاَّ أَنْ تَكُونَ تِجَارَةٌ عَنْ تَرَاضٍ**﴾[2]، ولقوله ﷺ: «لاَ يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إلاَّ عَنْ طِيبِ نَفْسٍ»، وقوله ﷺ: «إِنَّمَا البَيْعُ عَنْ تَرَاضٍ»، فلا بد لوجود العقد من رضا معتبر، وهو مفقود من غير المميز.

وأما السكران فقسمان:

الأول: السكران الطافح: وهو الذي ليس عنده تمييز أصلا، فلا يعرف الأرض من السماء ولا الرجل من المرأة، فلا خلاف في أنه كالمجنون في جميع أفعاله وأقواله فيما بينه وبين الله وفيما بينه وبين الناس، إلا فيما ذهب وقته من الصلاة والصيام حال سكره فإنه لا يسقط عنه فيلزمه القضاء بعد الإفاقة، بخلاف المجنون فلا يلزمه شيء مما فات حال جنونه - هذا في السكر بحرام - فإن كان السكر بحلال بأن يعتقد أن هذا المشروب غير مسكر فشرب فإنه كالمجنون، فلا يلزمه قضاء الصلاة والصيام أيضًا، والفرق أن السكران بحرام أدخل السكر على نفسه فكأنه تعمد ترك الصلاة والصوم.

والثاني: السكران الذي عنده بقية من عقله: فاختلف أهل العلم في حكم أقواله وأفعاله اختلافا كثيرًا لُبَابُهَا خمسة أقوال:

(1) من مراجع هذا الركن: مواهب الجليل جـ 4 - ص 241 - 258، وجواهر الإكليل على مختصر خليل المطبوع على هامش المنح الجليل جـ 4 - - 241 - 258، والشرح الكبير للدردير جـ 3 - ص 5 - 11، والمغني والشرح الكبير جـ 4 - ص 5 وما بعدها.

(2) سورة النساء، الآية 29.

الأول: أنه كالمجنون، فلا يحد ولا يقتص منه ولا يصح منه بيع ولا يلزمه عتق ولا طلاق ولا شيء من الأشياء، وهذا قول محمد بن عبد الحكم وأبي يوسف، واختاره الطحاوي، وهو أحد الأوجه عند الشافعية.

الثاني: أنه كالصحيح، لأن معه بقية من عقله، فيجوز عليه كل ما فعل من بيع أو غيره من سائر عقوده التي تضره والتي تنفعه، وهذا قول ابن نافع من أصحاب مالك، وهو مذهب أبي حنيفة، وأظهر الأقوال عند الشافعية.

الثالث: تلزمه الأفعال ولا تلزمه الأقوال، فيقتل بمن قتل، ويحد في الزنا والسرقة، ولا يحد في القذف، ولا يلزمه طلاق ولا عتاق ولا بيع ولا شراء، وهذا مذهب الليث بن سعد.

الرابع: يصح منه ما عليه دون ما له، فعلى هذا يصح بيعه وهبته وطلاقه لأن ذلك عليه لا له، وتصح ردته لأنَّهَا عليه دون إسلامه ولا إيهابه أي إعطاؤه الهبة لأنها له، وهذا أحد الأقوال عند الشافعية.

الخامس: تلزمه الجنايات والحدود والعتق والطلاق، ولا يلزمه الإقرار والعقود. وهذا مذهب مالك وعامة أصحابه، وهو أظهر الأقوال وأولاها بالصواب، لأن ما لا يتعلق به حق الله تعالى من الإقرارات والعقود إذا لم تلزم السفيه والصبي لنقصان عقلهما فأحرى أن لا يلزم السكران لنقصان عقله بالسكر.

وما سوى ذلك مما يتعلق به حق الله تعالى من الحدود والجنايات يلزمه ولا يسقط عنه قياسًا على ما أجمعوا عليه من أن السكران كالصاحي في وجوب قضاء ما فاته زمن سكره من العبادات من الصلاة والصيام، ولأنا لو لم نلزمه مسئولية ما ارتكبه من الجنايات والحدود وضمان المتلفات وغير ذلك مما يتعلق به حق الله لكثر السكر بين الناس لاتخاذه وسيلة لإتلاف أموال غيرهم واستباحة أعراضهم ودمائهم دون خوف من العقاب، فلا بد من مؤاخذته فيما يتعلق به حق الله تعالى، لأنهم أجمعوا على وجوب قضاء ما فاته زمن سكره من العبادات، وما ذلك إلا لكونه حقًّا للّه تعالى، واتخاذ السكر وسيلة للإفساد في الدماء والأعراض والأموال أقرب احتمالا وأخطر آثارا، فلا معنى للقول بأنه كالمجنون، إذ الكلام في سكران معه بقية من عقله.

* وخلاصة مذهب مالك وأصحابه في شأن عقود السكران: أن السكران الذي لا تمييز عنده كالمجنون اتفاقًا في المذهب، لأنه بسكره إذا بلغ إلى حد يغمى عليه ولا يبقى

له عقل جملة فلا يصح منه نطق إذا بلغ هذه الحالة، ولا يتهيأ منه ضرب ولا قصد إلى قتل ولا غيره.

وأما السكران المميز الذي معه بقية من عقله، فلا خلاف في انعقاد عقوده من بيع وإجارة وشركة، وتصح هبته وإقراره بالدين كما يصح نكاحه ووصيته وسائر عقوده، وإنما الخلاف في لزوم ذلك له، والراجح أنه لا يلزمه شيء من ذلك، فله أن يرجع عنه إذا أفاق لأنه بسكره نقص ميزه في معرفته بالمصالح فأشبه السفيه، والسفيه لا يلزمه بيعه فكذا هنا.

ولأن في عدم إلزامه بعقوده سدًّا للذريعة، لأنا لو فتحنا هذا الباب لاشتد حرص الناس على أخذ ما بيده - مستغلين ضعف إدراكه بالمصالح وكثرة وقوع العقود منه - فيؤدي إلى أن لا يبقى له شيء من ماله، فلا ينبغي إلزامه بعقد لا يدرك المصلحة فيه تمام الإدراك.

وبهذا يظهر ضعف المذهب القائل بأن السكران الذي معه بقية من عقله كالصحيح في الحكم، فيجوز عليه كل ما فعل، فيلزمه بيعه وسائر عقوده، فضعف هذا المذهب ظاهر، لأن وجود بقية من العقل يقتضي فقط صحة عقوده ولا يقتضي لزومها لنقصان إدراكه بالمصالح - وهذا المعنى هو الذي لأجله يصح بيع السفيه والصبي المميز دون أن يلزمهما - فالراجح هو قول القائل بصحة عقوده دون لزومها.

ب - شروط لزوم:

وأما شروط لزوم البيع فأربعة أمور:

الشرط الأول: التكليف، فيصح بيع الصبي المميز وشراؤه، ولكنه لا يلزم إلا إذا أجازه الولي فيجيزه أو يرده بحسب ما يرى أنه الأصلح، فإن كان الصلاح في الإمضاء أمضاه وإلا رده وأبطله.

وعدم لزوم بيع الصبي المميز ما لم يكن وكيلا عن مكلف، وإلا فيلزم لأنه في الحقيقة يقع من الموكل في هذه الحالة.

وللمحجور عليه رد تصرف نفسه وإبطاله بعد رشده إذا لم يعلم وليه بتصرفه، أو علم وسكت فلم يجز ولم يَرُدَّ أو لم يكن له وليٌّ أصلاً.

والدليل على صحة بيع الصبي المميز مع عدم لزومه قوله عز وجل: ﴿ **وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ**﴾[1]، أي اختبروهم لتعلموا رشدهم، فالمراد من هذا الابتلاء اختبار حالهم في أنه هل لهم تصرف صالح للبيع والشراء؟ وإنما يتحقق ذلك بالإذن لهم وتفويض التصرف إليهم من البيع والشراء، ليعلم حال اليتيم هل تغير أم لا؟ ولأنه عاقل مميز محجور عليه فيصح تصرفه بإذن وليه قياسًا على العبد، فيدفع الولي إلى الصبي شيئًا من ماله - ويحسن أن يكون يسيرًا - ويبيح له التصرف فيه، فإذا نماه وأحسن التصرف فيما سلم إليه فقد وقع إيناس رشده فيسلم إليه جميع ماله عقب البلوغ، وإن أساء النظر فيه وجب على الولي إمساك ماله، وهذا دليل على صحة تصرف الصبي بإذن الولي.

وذهب بعض الأئمة - وهم الشافعية وإحدى الروايتين عن أحمد - إلى عدم صحة بيع الصبي المميز، فلا يصح بيعه ولا شراؤه ولا إجارته وسائر عقوده لا لنفسه ولا لغيره، سواء باع بغبن أو بغبطة، وسواء باع بإذن وليه أو بغير إذن وليه، وسواء كان بيع اختبار أو غيره - وبيع الاختبار هو الذي يمتحنه الولي به ليستبين رشده عند مناهزة الاحتلام، كما أمرت به الآية، فلا يصح بيع الصبي حتى في هذه الحالة - قالوا: وطريق الوليّ أن يُفَوِّضَ إليه الاستلام وتدبير العقد، فإذا انتهى الأمر إلى العقد تولاه الولي، وقالوا: إن المراد من الابتلاء في الآية اختبار عقله واستبراء حاله في أنه هل له فهم وعقل وقدرة في معرفة المصالح والمفاسد، وذلك إذا باع الولي واشترى بحضور الصبي، ثم يستكشف من الصبي أحوال ذلك البيع والشراء وما فيهما من المصالح والمفاسد، ولا شك أن بهذا القدر يحصل الابتلاء والاختبار. وقالوا أيضا: هب أننا سلمنا أنه يدفع إليه شيئًا ليبيع أو يشتري، فلم قلتم إن هذا القدر يدل على صحة ذلك البيع والشراء؟ بل إذا باع واشترى وحصل به اختبار عقله فالولي بعد ذلك يتمم هذا البيع أو ذلك الشراء. وهذا محتمل.

ثم استدلوا على بطلان بيع الصبي بما يلي:

1 - قوله ﷺ: «رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثَةٍ: عَنِ الصَّبِيِّ حَتَّى يَبْلُغَ، وَعَنِ النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ، وَعَنِ الْمَجْنُونِ حَتَّى يُفِيقَ»، ووجه الدلالة في الحديث أنه لو صح البيع لَزم منه وجوب التسليم على الصبي، وقد صرح الحديث بأن الصبي لا يجب عليه شيء.

---

(1) سورة النساء، الآية 6.

وقيل أيضًا في وجه الدلالة: إن مقتضى الحديث إسقاط أقواله وأفعاله.

وهذا الاستدلال ضعيف، لأن ذلك إنما يلزم لو كان العقد الذي يبرمه الصبي لازما ينفذه الصبي وَيُلزم بالوفاء به، بل عقده صحيح فقط يتوقف لزومه على إمضاء الولي، فإذا أمضاه فقد التزم بما يقتضيه العقد فهو المخاطب عندئذ بالوفاء بالعقد الذي أبرمه الصبي. فإجازة الولي لبيع الصبي تعني الالتزام بالوفاء به، فلم يلزم ما قالوا من وجوب التسليم على الصبي إن صح عقده، وأيضًا فإن ما يجب على الصبي يخاطب به الأولياء، فالزكاة واجبة في مال الصبي والولي هو المخاطب، وضمان ما أتلفه الصبي واجب من ماله ولكن المخاطب هو الولي.

2 - قالوا إن الصبي المميز غير مكلف فأشبه الصبي غير المميز.

والجواب أن هذا قياس مع الفارق فلا يصح، لأن غير المميز لا تحصل له المصلحة بتصرفه لعدم تمييزه ومعرفته، ولهذا لا حاجة إلى اختباره لأنه قد علم حاله، وأما المميز فإنه تحصل له المصلحة بتصرفه لتمييزه ومعرفته، ولذلك كانت الحاجة إلى اختباره، ففارق غير المميز.

3 - قالوا إن العقل لا يمكن الوقوف منه على الحد الذي يصح به التصرف لخفائه وتزايده تزايدًا خفي التدريج، فجعل الشارع له ضابطا وهو البلوغ، لأنه مظنة العقل، فلا يثبت للصبي أحكام العقلاء قبل وجود المظنة.

والجواب أن ذلك يعلم بتصرفاته وجريانها على وفق المصلحة، كما يعلم في حق البالغ بذلك، فإن معرفة رشده شرط لدفع ماله إليه وصحة تصرفه، فكذا هنا.

2 - **الشرط الثاني**: أن يكون العاقد غير محجور عليه لسفه ونحوه، فيصح بيع المحجور عليه ولكن لا يلزم إلا إذا أجازه وليه، فله إمضاؤه أورده، وهذا إذا استوت المصلحة في الإجازة والرد، فإن تعينت في أحدها تعين، فإن كانت المصلحة في إمضاء البيع وجب على الولي إمضاؤه، وإن كانت في الرد تعين الرد أيضًا.

والدليل على عدم لزوم بيع السفيه قوله تعالى: **﴿وَلاَ تُؤتُوا السُّفَهَاءَ اَمْوَالَكُمُ التِّي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا﴾**[1]، والسفيه كل من لم يكن له عقل يفي بحفظ المال، فتشمل

---

(1) سورة النساء، الآية 5.

الآية البالغ إذا كان مفسدًا للمال، فنهى الله ولاة الأمور عن إيتاء السفهاء أموالهم، وأمر أن يتولى الأولياء إدارة أموالهم وحسن تدبيرها والإنفاق منها عليهم.

ثم علق الله دفع المال إليهم على إيناس الأولياء رشدهم فقال ﴿**فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ**﴾[1]، فجعل رعاية مصالح المال شرطا في جواز دفع المال إليهم.

فالسفيه كالصبي المميز في بيعه وشرائه، فيصح منه مع عدم اللزوم، بل هو أولى من الصبي المميز بصحة التصرف، لأن السفه خفة تعتري الإنسان فتبعثه على عدم الإحسان في التصرفات المالية فينفقها على خلاف مقتضى الشرع والعقل، فهو كامل العقل غير أنه يسير مع هواه ويكابر عقله، فينفق المال من غير نظر وروية في العواقب، وأيضًا لو منعنا تصرفه بإذن الولي لم يكن لنا طريق إلى معرفة رشده واختباره.

وعدم لزوم البيع في السفيه المحجور عليه، أما إذا تصرف السفيه قبل الحجر عليه - وهو الذي يسمى بالسفيه المهمل أي الذي لاَ وَلِيَّ له - فإن أفعاله كلها جائزة نافذة عند مالك رضي الله عنه إذا كان السفيه ذكرًا بالغًا، فلا يرد تصرفه، ومنه البيع والشراء، ولو كان بغير عوض كالعتق، وذلك لأن العلة في ردّ تصرفه الحجر عليه - ولم يوجد - وقال ابن القاسم: تصرف السفيه قبل الحجر عليه غير نافذ، لأن العلة من رد تصرفه عنده السفه وهو موجود، وأما الصبي والأنثى المهملان فيرد تصرفهما اتفاقًا إلى أن يبلغ الصبي، وإلى أن تمضي سنة بعد الدخول وشهادة العدول بصلاح الحال في الأنثى.

هذا كله في متحقق السفه، أما من جهلت حالته فلم يعلم برشد ولا سفه، فإن أفعاله كلها من بيع وشراء أو غيرهما جائزة ماضية لم يردّ منها شيء.

الشرط الثالث: الطوع وهو عدم الإكراه، والإكراه الذي يمنع لزوم البيع هو الإكراه بغير حق، وهو قسمان: أحدهما إكراه على البيع نفسه، وثانيهما إكراه على سبب البيع:

* القسم الأول: فإن من أجبر على البيع جبرًا حرامًا يصح بيعه ولكن لا يلزمه، فيخير البائع إن شاء ترك السلعة للمشتري وأمضى البيع، وإن شاء أخذ السلعة التي أكره على بيعها، وحينئذ يجب عليه رد الثمن الذي أخذه، ما لم يكن قد تلف بلا تفريط منه، وشهدت بينة بذلك، فلا يلزمه رد الثمن حينئذ، بل يسترد سلعته من دون أن يرد الثمن،

---

(1) سورة النساء، الآية 6.

وظاهره أن البائع إذا ادعى التلف من غير تفريط ولم تكن له بينه بذلك لم يصدق على الراجح، وقيل يصدق كالمودع.

* القسم الثاني: وهو الإكراه على سبب البيع، كأن يكرهه ظالم على أن يعطيه مالاً فاضطر إلى بيع شيء مما يملك لوفائه، فهو لم يجبره على نفس البيع وإنما أجبره على سبب البيع.

وقد اختلف في لزوم البيع وعدمه في هذا الإكراه، فقيل: لا يلزم، وقيل: يلزم.

والمشهور في المذهب الأول فهو بيع غير لازم، شأنه شأن الإكراه على نفس البيع، فللبائع إمضاؤه أورده، ولكن إذا اختار رده وإبطاله وقدر على خلاص ما باعه ممن هو بيده، فهل يأخذه بالثمن أم يأخذه بلا غرم ثمن؟ في ذلك أقوال:

القول الأول: وهو الذي اعتمده بعضهم، أن الإكراه على سبب البيع كالإكراه على نفس البيع في أن البائع إنما يسترد المبيع إذا رد الثمن للمشتري.

القول الثاني: أن المضغوط - وهو المكره عل سبب البيع - إن كان قد قبض الثمن من المشتري ردّ المبيع بالثمن، وإلا فلا يغرمه بل يسترد ما باعه بلا ثمن يدفعه، ويرجع المشتري بالثمن على الظالم.

القول الثالث: التفصيل: وحاصله أنه إذا علم أن الظالم أو وكيله قبض الثمن من المظلوم أو من المشتري، أوجهل هل دفع المشتري الثمن للظالم أو وكيله أو لصاحب السلعة، أو جهل هل دفعه البائع للظالم بعد قبضه من المشتري، أو أدخله في منافعه، أو بقي عنده، فإن البائع في جميع هذه الصور، إذا اختار ردّ البيع أخذ سلعته من المشتري بلا غرم ثمن، فإن كان ما باعه قائما عند المشتري لم يفت رده إليه، وإن كان قد فات عنده بأن هلك رد قيمته إن كان مقومًا، ومثله إن كان مثليًا، فإن باعه المشتري لمشتر آخر أخذه المظلوم ممن اشترى من المشتري، إذ لا يفيته تداول الأملاك، فلا يفوت ببيع ولا هبة.

أما المشتري فإنه يرجع على الظالم أو وكيله بالثمن، وهذا سواء علم المشتري في ذلك كله بأن البائع مكره أو لم يعلم.

أما إذا علم أن المظلوم قبض الثمن من المشتري وصرفه في مصلحته أو أتلفه عمدًا أو بقي عنده ولم يدفعه إلى الظالم فلا يكون له سبيل إلى رد البيع وإبطاله حتى يرد الثمن إلى المشتري، وهذا كله على القول بعدم لزوم البيع - وهو المشهور كما تقدم.

ومقابله يقول: إنه إذا أكره على سبب البيع فباع كان البيع لازمًا لمصلحة وهو الرفق بالمسجون لئلا يتباعد النّاس عن الشراء فيهلك المظلوم، إذ لو فرضنا أن ظالمًا طلب من شخص مالا لم يكن قادرًا عليه فسجنه لذلك، وعند السجين ملك إذا باعه يحصل على ذلك المال فيخلص من عذاب السجن، فإذا قلنا إن بيعه غير لازم لم يقدم أحد على شرائه، وفي ذلك ضرر بالمسجون، فالقول بلزوم البيع هو الأرجح في النظر لمصلحة البائع، وهذا قول ابن كنانة، واختاره جمع من المتأخرين وأفتوا به.

هذا الذي تقدم في الإكراه بغير حق، أما لو أجبر على البيع جبرًا حلالاً فإنه يكون لازمًا، وذلك كجبره على بيع الدار أو الأرض لتوسعة المسجد أو الطريق أو المقبرة، أو أجبر المديان على البيع لوفاء الغرماء، أو أجبر المنفق لنفقة زوجة أو ولد أو الأبوين، أو لوفاء ما عليه من الخراج الحق، فكل ذلك بيع لازم جائز شراؤه لكل أحد.

الشرط الرابع من شروط اللزوم: أن يكون العاقد مالكا أو وكيلا عن مالك، فيصح بيع الفضولي وشراؤه، ولكن لا يلزم بل يقف على إجازة المالك، فإن أجازه نفذ ولزم، وإن لم يجزه بطل.

والفضولي هو من يتصرف في شؤون غيره من دون أن يكون له ولاية إصداره، فالذي يبيع مال غيره من دون إذن صاحبه، على أنه إن رضي به صاحب المال أمضى البيع وإن لم يرض فسخ، فإن هذا البائع يعتبر فضوليا، وكذلك شراء شيء لشخص بغير إذنه على أنه إن رضي به صح الشراء وإلا لم يصح، وهذا البيع والشراء صحيح - كما تقدم - متى كان المتصرف أهلا للتصرفات، وكان المحل قابلا للتصرف في ذاته،ولكنه لا يكون نافذا من حين صدوره، بل يتوقف على إجازة صاحب الشأن، وصحة بيع الفضولي وشرائه مع عدم لزومه هو مذهب مالك رضي الله عنه، وهو أحد قولي الشافعي وإحدى الروايتين عن أحمد، ووافقه أيضًا أبو حنفية في البيع دون الشراء.

* استدل الإمام مالك ومن وافقه بما يلي:

1 - حديث عروة بن الجعد البارقي قال: دفع إلي رسول الله ﷺ دينارًا لأشتري له شاة فاشتريت له شاتين، فبعت إحداهما بدينار وجئت بالدينار والشاة إلى رسول الله فذكرت له ما كان من أمري، فقال: «بارك الله لك في صفقة يمينك». رواه الترمذي بإسناد صحيح.

ففي هذه الحادثة لم يكن عروة موكلا إلا بشراء شاة واحدة، فشراؤه الثانية وبيعه لها كان من غير توكيل، وهذا بعينه هو عمل الفضولي، وإقرار رسول اللّه ودعاؤه له بالبركة في صفقته دليل على صحة شراء الشاة الثانية وبيعه إياها، فدل ذلك على صحة بيع الإنسان ملك غيره وشرائه له دون إذن، وأنه ينفذ على صاحب الشأن متى أجاز، وإنما كان غير لازم موقوفًا على الإذن مخافة أن يلحقه من هذا التصرف ضرر.

2 - بأن التصرفات والعقود لم تشرع إلاّ لتحقيق مصلحة، وهذا التصرف إن لم يكن فيه مصلحة فلا ضرر فيه، لأن الظاهر أن هذا الفضولي ما أقدم على ذلك إلا لمصلحة عاجلة قد تفوت على من كان التصرف له، والمفروض أنه عاقل، والحكمة تقتضي عدم إهدار كلام العقلاء، ففي القول بصحة تصرفه مراعاة لجانب الفضولي وجانب من يكون له التصرف، أما جانب الفضولي فبانعقاد عقده وعدم إهدار عبارته، وأما جانب من كان له التصرف فبالحكم بأن تصرف الفضولي موقوف على إجازته، فإن رآه في مصلحته أقره، وإن وجده غير ذلك ألغاه ولا حرج عليه.

3 - إذا كان الظاهر أن الفضولي ما أقدم على البيع أو الشراء لغيره من دون إذن إلا لمصلحة عاجلة قد تفوت على من كان التصرف له، فإنه يكون مشروعًا، لأنه تعاون على البر، وقد قال تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى البِرِّ وَالتَّقْوَى﴾[1]، فإن ظهر لصاحب الشأن عدم المصلحة رده، ولا ضرر في ذلك.

4 - إن تصرف الفضولي وإن كان ممنوعًا ابتداء إلا أنه قابل للاعتبار، لأنه عقد له مجيز حال وقوعه، فصح وقفه على إجازته كالوصية، ألا ترى أنها بما زاد على الثلث لا تجوز ابتداء وإذا وقعت فللورثة الخيار، إن شاؤوا أجازوها وإن شاؤوا ردّوها. فدل على أن العقد المتقدم وإن كان ممنوعًا إلا أنه قابل للاعتبار، وإنما تعلق به حق آدمي كتصرف العبد بغير إذن سيده والصبي المميز بغير إذن الولي، فإنه تصرف صحيح غير لازم، فكذا هنا.

* وذهب بعض الأئمة إلى أن بيع الفضولي غير مشروع، ويقع باطلا من أول الأمر، ولا يغير من هذا رضاء صاحب الشأن به بإجازته له، لأن الإجازة إنما تؤثر في عقد موجود وهذا العقد لا وجود له، وإذا رغب صاحب الشأن فيه فعليه أن ينشئ عقدًا آخر من جديد، وهذا مشهور قول الشافعي وأحمد بن حنبل.

---

(1) سورة المائدة، الآية 2.

استدل أصحاب هذا الرأي بما يلي:

أولا: بما رواه ابن ماجه والترمذي وقال حسن صحيح عن حكيم بن حزام قال: قلت: «يا رسول الله، الرّجل يسألني البيع وليس عندي أفأبيعه؟»، أي يبيع الشيء ويمضي ويشتريه ويسلمه، فقال عليه الصلاة والسلام: «لا تبع ما ليس عندك»، فهذا الحديث يمنع الإنسان من بيع ما ليس عنده، أي من بيع ما ليس مملوكا له، والفضولي لا يفعل غير ذلك.

وأيضًا ما رواه الترمذي وقال حديث حسن أنه ﷺ قال: «لا طلاق إلا فيما يملك، ولا عتاق إلا فيما يملك، ولا بيع إلاّ فيما يملك»، ففي الحديثين نهي عن بيع الإنسان لما لا يملكه، والنهي يفيد عدم مشروعية المنهى عنه.

ويجاب عن الاستدلال بالحديثين بأن النهي عن بيع الإنسان لما لا يملكه لا يدل على إبطال تصرف الفضولي، لأنه وارد في تصرف الإنسان لنفسه، فلو باع الإنسان شيئًا ليس عنده ربما لا يجده فيعجز عن تسليمه وحينئذ يكون قد غرر بصاحبه.

ويجاب عن الحديث الثاني على الخصوص بأنه إن كان المراد منه أن لا طلاق ولا عتاق ولابيع لازم إلا فيما يملك، فإنا نقول بموجب ذلك فيصح، وإن كان المراد أن لا شيء من الثلاثة صحيح إلا فيما يملك، حملناه على ما قبل الإجازة، لأنه وإن كان عامًا في الأشخاص إلاّ أن العام في الأشخاص مطلق في الأحوال فيقيد المطلق بحمله على ما قبل الإجازة، فلا ينافي لزومه بعد الإجازة.

ولو سلمنا عمومه في الأحوال أيضًا، لكنه معارض بأنه عليه الصلاة والسلام دفع لعروة البارقي دينارًا ليشتري له شاة فاشترى به شاتين وباع إحداهما بدينار فأقره الرّسول.

فإن قالوا لا نسلم أن عروة البارقي تصرف من دون إذن، إذ أن حالة الصحبة أوجبت الإذن بلسان الحال الذي يقوم مقام التوكيل بلسان المقال الموجب للإباحة ونفي الإثم، بخلاف الأجنبي الذي لا إذن له مطلقًا، فلا دلالة في حادثة عروة البارقي على جواز بيع الإنسان ملكا لغيره وهو غائب، أو شرائه له دون إذن منه، قلنا: هذا خلاف الظاهر فلا يلتفت إليه، إذ لو كان إقراره لعروة لأجل الصحبة لبيّنه، ولو بيّنه لنقل إلينا.

استدلّوا ثانيا بأن الفضولي باع ما لا يقدر على تسليمه، فأشبه بيع الطير في الهواء، فلا يصح لكونه غررًا.

وأجيب بأنه قياس مع الفارق فلا يصح، لأن الطير في الهواء فيه جهل بالمبيع بخلاف بيع الفضولي فإن المبيع فيه غير مجهول، وإنما توقف نفاذه على إجازة المالك وقد رضي المشتري بتوقف لزومه على الإجازة، فأشبه بيع الخيار وهو جائز مشروع، ثم إن الطير في الهواء لا يستطيع صاحبه على رده فيكون عاجزًا عن تسليمه، بخلاف معرفة رأي المالك في بيع الفضولي فإنه أمر ميسور لا عجز فيه.

ثالثا: قياس البيع على الطلاق والعتاق فلا يقبلان الإيقاف، فكذلك البيع لا يقبل الإيقاف.

وأجيب بأنه قياس مع الفارق فلا يصح، لأن كلا من الطلاق والعتاق تترتب عليه الآثار بمجرد وجود العبارة الدالة على إنشائه، ولذلك لا يقبلان الخيار فكذلك لا يقبلان الإيقاف، بخلاف البيع فإنه يقبل الخيار فيقبل الإيقاف، ففارق الطلاق والعتاق.

رابعا: إن الإيجاب والقبول في العقود سبب لترتب الآثار عليها، وقد تأخر ترتب الآثار في بيع الفضولي لأنه موقوف على إجازة من له التصرف. فدل على فساد السبب - أي الإيجاب والقبول من الفضولي - للقاعدة القائلة: «إن وجود السبب بكماله بدون آثاره يدل على فساده».

وأجيب عن هذا بأنه منقوض ببيع فيه الخيار، فإنه صحيح باتفاق مع أن السبب قد وجد فيه مع تأخر آثاره لكونه لا يلزم إلا بعد إمضاء من له الخيار، فكذا هنا.

فظهر ممّا تقدم رجحان القول بصحة بيع الفضولي مع توقف لزومه على إجازة صاحب الشأن، إن أجازه نفذ وإن لم يجزه بطل، ولكن يشترط لاعتبار هذه الإجازة أن يكون لهذا العقد مجيز وقت إنشائه، والمجيز هو من جعل الشارع له حق تقرير وإمضاء ذلك البيع أو رفضه، فإن لم يكن له مجيز حين العقد فلا تفيد فيه الإجازة، وذلك كما لو باع مال الصغير فضولي بغبن فاحش، فإن هذا البيع يقع غير صحيح من أول الأمر، لأنه لا مجيز له عند إنشائه.

فأما الصبي صاحب المال فلأنه ليس أهلا للإجازة، وأما وليه فلأنه في تصرفه مقيد بما فيه مصلحة الصبي، والغبن بالبيع تصرف ضارٌّ به فلا يجوز لوليه إجازته، فلو كان البيع

بمثل القيمة أو بأكثر منها وكان للصبي ولي له حق الإجازة عند العقد فإن العقد يتوقف على إجازته، وكذلك إن كان البيع لمال العاقل الرشيد.

جـ - شروط صحة الإجازة:

يشترط لصحة الإجازة الشروط التالية:

1 - أن تكون الإجازة ممن له ولاية إنشاء هذا العقد كالولي أو الوصي، فلا تصح الإجازة ممن لا ولاية له كالقاضي مع وجود الولي أو الوصي.

2 - أن تصدر الإجازة ومحل العقد باق، وذلك لكي يظهر أثر العقد فيه عند الإجازة، فلو أجاز العقد بعد هلاك محله فلا يظهر أثر لهذه الإجازة.

3 - أن تكون الإجازة أيضًا في حياة من تعاقد مع الفضولي كي يظهر أثرها في حقه، فلو باع الفضولي مال غيره لشخص وقبل إجازة مالك المال مات المشتري، فإن الإجازة التي تصدر من مالك المال لا يكون لها أثر لعدم وجود الطرف الآخر في العقد عند الإجازة.

4 - أن تصدر الإجازة حال حياة الفضولي لأنه سينقلب بها وكيلا، فلو باع شخص مال غيره وأجاز مالك المال هذا البيع، فإن إجازته لا تكون صحيحة إلا إذا كان الفضولي حيًا، لأن حقوق العقد سترجع إليه فيطالب بتسليم المبيع وأيضًا بالثمن.

إجازة صاحب الحق تجعل الفضولي وكيلا: وكما أن الإجازة من المالك تؤثر في العقد بالنفاذ وترتب أثره عليه بعد أن كان موقوفًا، كذلك تؤثر الإجازة في الفضولي نفسه فتجعله وكيلا، فالإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة، ويترتب على ذلك أن المالك إذا أجاز بيع الفضولي فإنما يطالب بالثمن الفضوليّ البائع ولا يطالب به المشتري، إذ المالك بإجازته بيع الفضولي صار موكلا، والفضولي البائع صار وكيلا، ومعلوم أن الموكل إنما يطالب بالثمن وكيله لا المشتري من وكيله، لأن الوكيل هو الذي تولى إصدار العقد، والطرف الآخر لا يعرف غيره.

متى يعتبر من يتصرف في ملك الغير فضوليا؟ وبيع الفضولي لازم من جهة المشتري، ومنحل موقوف من جهة المالك، فله رده وله إجازته، كما تقدم ولكن بقيود:

أحدها: أن لا يكون المالك حاضرًا بيع الفضولي، فإن حضره وسكت لزمه البيع، فإن سكت بعد انقضاء مجلس العقد الذي حضره حتى مضى عام ونحوه ولم يطالب بالثمن فلا شيء على البائع.

ثانيها: أن يكون الرد بالقرب، فإن سكت عاما مع علمه بتصرف الفضولي في ملكه دون مانع فلا رد، وليس له في هذه الحالة إلا حق المطالبة بالثمن، فإن سكت مدة الحيازة لم يكن له شيء، أما إن سكت أقل من عام مع العلم، أو سكت أكثر من عام أيضًا ولكن لمانع، لم يلزم البيع.

ثالثها: أن يكون في غير الصرف، وأما فيه فيفسخ لأنه يكون يدا بيد، فلا بد فيه من القبض قبل التفرق.

رابعها: أن يكون في غير الوقف، وأما فيه فباطل لا يصححه، رضا واقفه، وإن كان الملك له.

الشراء للغير: وكما يصح بيع الفضول لغيره يجوز أيضًا الشراء له من دون إذنه فيصح، ويتوقف لزومه على رضا من اشترى له فله إجازته وله رده، فإن أجازه مضي كما دل عليه حديث عروة بن الجعد السابق، إذ لم يكن موكلا من الرسول ﷺ إلا بشاة واحدة، فشراؤه الثانية كان من غير توكيل، كما أن بيعها ثانية كان من غير توكيل.

فإن رده من اشترى له ولم يجز الشراء، فهل ينتقض البيع أم يلزم المشتري؟ في ذلك تفصيل:

إذا صدق البائع المشتري أنه اشترى لغيره، أو قامت بينة أن البائع كان يعلم ذلك، انتقض البيع وفسخ، لأن البائع يعلم مسبقًا أن البيع غير لازم.

أما إذا لم يصدق البائع المشتري أنه اشترى لغيره، أو لم تقم بينة على ذلك، فإن البيع لا ينتقض بل يلزم المشتري، إلا إذا تراضيا على الفسخ، إذ البائع لم يكن يعلم كون العقد غير لازم.

وهل يرجع صاحب المال الذي اشتري له على البائع للمطالبة باسترداد ماله الذي دفع إليه الفضولي في حالة عدم إجازة البيع؟

إذا كان المشتري أشهد عند البيع أن الشراء لفلان بماله، أو كان البائع يعلم ذلك، أو أخبره المشتري بذلك وصدقه، أو تقوم بينة أن المال الذي اشترى به ملك للمشترى له، فإن لصاحب المال الرجوع على البائع بماله في حالة عدم إجازة البيع.

وإن لم يكن الأمر كذلك، بأن كان المشتري لم يشهد عند الشراء أنه لفلان، ولم يعلم البائع أن المال المدفوع لفلان، ولم يصدق البائع المشتري في دعواه بأن المال لفلان، في هذه الأحوال لا يرجع صاحب المال على البائع بل على المشتري، لأن البائع لا يعرف إلا من دفع إليه المال.

لمن تكون غلة المبيع قبل نقض البيع؟ وإذا رد بيع الفضولي فغلة المبيع قبل نقض البيع للمشتري إن كان يظن عند البيع أن البائع هو المالك، أو كان يظن أنه وكيل عنه لوجود شبهة تنفي العداء بين البائع والمالك، كأن يرى المشتري البائعَ يتعاطى أمور المالك فيظن أنه وكيله، والأمر كذلك إذا كان المشتري لا علم عنده بشيء، ففي جميع هذه الصور تكون الغلة للمشتري.

أما إذا علم المشتري أن البائع غير مالك، ولم توجد شبهة تنفي العداء، وأولى إن علم بتعديه، فإن غلة المبيع تكون للمالك إذا رد البيع.

هذا الذي تقدم هو حكم بيع الفضولي بعد وقوعه، وأما الإقدام عليه ابتداء فقيل بمنعه وحرمته مطلقًا، وقيل بندبه، وقيل بمنعه في العقار والجواز في العروض، والمشهور الأول، أي حرمة بيع الفضولي وشرائه.

ومن يرى ندبه يستدل بقوله تعالى: ﴿**وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى**﴾[1]، وهذا تعاون لأنه لا يقدم على البيع والشراء لغيره إلا لمصلحة عاجلة قد تفوت على من كان التصرف له؛ ويستدلون أيضًا بحديث عروة البارقي السابق، فإن الرسول أقره، بل دعا له بالبركة في صفقته.

ومن يرى منعه مطلقًا يستدل بنهيه عليه الصلاة والسلام عن بيع ما لم يضمن، قالوا: معنى نهيه عن بيع ما لم يضمن: بيع الإنسان لملك غيره، والفضولي يبيع ملك غيره فلا يجوز الإقدام عليه، وأجابوا عن حديث عروة البارقي بأنه إنما تصرف بالإذن، لأن حال الصحبة أثبت الإذن بلسان الحال الذي يقوم مقام التوكيل بلسان المقال القاضي بالإباحة ونفي الإثم، والحق أن ذلك يختلف بحسب المقاصد وما يعلم من حال المالك أنه الأصلح له.

---

(1) سورة المائدة، الآية 2.

ثالثا: المعقود عليه وشروطه[1]:

الشرط الأول: أن يكون طاهرًا:

فلا يصح بيع نجس كروث حيوان غير مأكول اللحم مثل روث الحمير وفضلة الآدمي. وأجاز بعضهم بيع الأرواث والأزبال النجسة التي تدعو الضرورة إلى استعمالها في البساتين وينتفع بها وقودًا وسمادًا، ومنهم من جعل إباحة ذلك للضرورة خاصًا بزبل الحيوان دون فضلات الآدمي، فلا يصح بيعه مطلقًا، ومنهم من عمم الإباحة للضرورة.

ومن النجس: الدم والخمر والميتة فلا يصح بيعها، وأما الدم فاتفق المسلمون على نجاسته وحرمة بيعه لحديث أبي جحفة، قال:«إن رسول الله ﷺ حرم ثمن الدم»، متفق عليه، وأما الخمر والميتة فاتفق المسلمون على حرمة بيعهما، كما اتفقوا على نجاستهما إلا خلافًا شاذًا في طهارة الخمر.

روى البخاري ومسلم وغيرهما عن جابر أنه سمع النبي ﷺ يقول: «إن الله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام»، فقيل: يارسول الله، أرأيت شحوم الميتة، فإنها تطلى بها السفن وتدهن بها الجلود ويستصبح بها الناس؟ فقال: «لاَ، هُوَ حَرَامٌ»، ثم قال ﷺ: «قاتل الله اليهود، إن الله لما حرم عليهم شحومها جَمَلُوه (أذابوه)، ثم باعوا وأكلوا ثمنه»، وعن ابن عباس رضي اللّه عنهما قال: إن النبي ﷺ قال: «لعن الله اليهود، حرمت عليهم الشحوم فباعوها وأكلوا أثمانها، وإن الله إذا حرم على قوم أكل شيء حرم عليهم ثمنه»، رواه أحمد وأبو داود.

والعلة في تحريم بيع الدم والخمر والميتة النجاسة عند جمهور العلماء، فيتعدى الحكم إلى سائر النجاسات، وأما الخنزير فاتفق الأئمة على أن بيعه وشراءه واقتناءه حرام، وكذا الانتفاع بجميع أجزائه التي تقبل الحياة، فلا يحل بيعها ولا اقتناؤها، واختلف في الانتفاع بشعره، فأجازه ابن القاسم ومنعه أصبغ.

---

1 - من مراجع هذا الركن: الشرح الكبير، وحاشية الدسوقي ج 3 - ص 11 - وما بعدها، ومواهب الجليل، وعلى هامشه جواهر الإكليل ج 4 - ص 258 وما بعدها، وبداية المجتهد لابن رشد ج 2 - ص 111 - 116، والمغني، والشرح الكبير ج 4 ص 7 وما بعدها.

وجمهور الأئمة يرون نجاسته أيضًا، وقال مالك: إنه طاهر ما دام حيًا، لأن علة الطهارة الحياة، فكل حي طاهر عنده، وعلى هذا فحرمة بيعه حيًا ليست لكونه نجسًا كما هو عند جمهور الأئمة، بل لكونه منهيا عن تملكه واقتنائه.

فقد دلت الأحاديث السابقة نصًا ودلالة على حرمة بيع النجاسات شرعًا، فإذا كان بيعها حرامًا كان باطلا لا يعتد به إذا وقع، لأن النهي يدل على فساد المنهي عنه، أي عدم الاعتداد به شرعًا في حالة وقوعه إذا كان النهي راجعًا إلى أمر داخل في ماهية العقد وحقيقته، وكذا إذا كان النهي لا لذات الشيء ولكن لوصف ملازم.

ولا شك أن النهي عن بيع الدم والميتة والخنزير راجع إلى أمر داخل في ماهية العقد، وهو المعقود عليه الذي هو أحد أركان البيع، فتكون الماهية منعدمة شرعًا فيكون العقد باطلاً، والنهي عن الخمر وإن لم يكن راجعًا إلى ذاتها بل لوصف فيها وهو الإسكار الملازم لها عند العقد فيقتضي فساده، فيكون النهي دالاً على بطلان بيعها شرعًا مثل ما دل على حرمته.

قال الحطاب: ويدل أيضًا على عدم جواز بيع النجاسات نهيه تعالى عن أكل المال بالباطل، لأنه لا تحصل بالنجس للمسلم منفعة أصلا أو حكما، فيكون أخذ العوض بالنجس من أكل أموال الناس بالباطل.

هذا الذي تقدم فيما كانت نجاسته أصلية، أما ما كان طاهرًا في الأصل وعرضت له نجاسة ففيه تفصيل:

فإن كان لا يمكن تطهيره، كزيت وأدهان نجسة وغيرها من المائعات التي لا يمكن تطهيرها فلا يصح بيعه، لأنه محرم، وما حرم أكله حرم ثمنه كما دل عليه الحديث السابق، ولأن النبي عليه الصلاة والسلام سئل عن الفأرة تموت في السمن فقال: «إِنْ كَانَ مَائِعًا فَلاَ تَقْرَبُوهُ»، رواه الإمام أحمد، فدل على حرمته، وإذا كان حرامًا لم يجز بيعه لقوله عليه الصلاة السلام: «إن الله إذا حرم شيئًا حرم ثمنه»، ولأنه نجس، فلم يجز بيعه قياسًا على شحم الميتة.

هذا هو المشهور عن مالك المعلوم من مذهبه، وهو عدم جواز بيع ما لا يمكن تطهيره من الأدهان والزيوت المتنجسة، ومقابله جواز بيعه، وهو مروي عن مالك أيضًا، وأفتى به بعض علماء المذهب، قال ابن رشد: والأظهر في القياس جواز بيعه لمن لا يغش به إذا

بين للمشتري، لأن تنجيسه بسقوط النجاسة فيه لا يسقط ملك صاحبه عنه، ولا يُذْهِبُ جملة المنافع منه، لأنه يمكن الانتفاع به من غير ضرر، ولا يجوز شرعًا إتلافه على مالكه، فجاز له بيعه لمن يصرفه وينتفع به فيما كان لصاحبه أن ينتفع به، كالاستصباح به ودهن الجلود وصنع الصابون من السمن المتنجس ونحو ذلك. هذا كله في الزيت ونحوه على رأي من لا يجيز غسله، وأما على رأي من يجيز غسله وقد روي أيضًا عن مالك، فيجوز بيعه مع البيان للمشتري، لأنه في هذه الحالة ذات تطهر بالغسل فأشبهت الثوب المتنجس فجاز بيعه.

وإن كان المتنجس مما يمكن تطهيره كالثوب، فيصح بيعه، ولكن يجب البيان للمشتري سواء أكان الثوب المبيع مما يفسده الغسل أو ينقصه أو لا، وسواء كان المشتري ممن يصلي أم لا، فإن لم يُبَيِّنْ وباعه ثبت الخيار للمشتري في إمضاء البيع، أو رده لكونه تدليسًا.

حكم الانتفاع بالنجس أو المتنجس: يجوز الانتفاع بالمتنجس، بسقي الماء المتنجس الدواب والزروع، ويستصبح بالزيت المتنجس، وتدهن به الجلود، ويصنع الصابون من السمن المتنجس، وتدهن العجلة به، والصبغ يتنجس فيصبغ به، وغير ذلك من المنافع، ولا يجوز بيعه على المشهور كما تقدم لعدم إمكان تطهيره، ومن أجاز تطهير الزيت المتنجس ونحوه أجاز بيعه - كما سبق -

ويستثنى من جواز الانتفاع بالمتنجس الاستعمال الآدمي، فلا يجوز له الانتفاع به أكلا وشربا بالطعام والشراب اختيارًا، روى البيهقي بسند صحيح أن ابن عمر سئل عن زيت وقعت فيه فأرة فقال: «استصبحوا به وادهنوا به أدمكم».

ويستثنى كذلك المسجد، فلا ينتفع به فيه، فلا يستصبح فيه بالزيت المتنجس إلا إذا كان المصباح خارجه والضوء فيه.

وأما نجس الذات فلا يجوز الانتفاع به، فلا يحل صناعة الصابون من شحوم الميتة ولا الاستصباح به ولا الانتفاع به في نحو طلي السفن ودهن الجلود، لأن النبي ﷺ سُئِلَ عن شحوم الميتة تطلى بها السفن وتدهن بها الجلود ويستصبح بها الناس فقال: «لا، هو حرام».

ويستثني من المنع الانتفاع بلحم الميتة لمضطر، والخمر لإزالة غصة، فيجوز، ولا يجوز التداوي بالخمر، لقول الرسول ﷺ فيما رواه مسلم: «ليس بدواء، ولكنه داء»،

قال ذلك جوابًا لمن قال له: إنما أصنعها للدواء، ولا يجوز شربها لدفع عطش لأنها تزيده، ولكن أجاز بعض الفقهاء شربها لمنع الهلاك بسبب عدم الرطوبة والجفاف، ويجوز طرح الميتة للكلاب وأن يوقد بعظمها على طوب ونحوه، كما يجوز تسميد المزروعات والخضروات وأشجار الفواكه بالنجاسات، لكن يجب البيان للمشتري عند بيع ما يطعمه الإنسان.

هذا الذي تقدم هو المشهور من أقوال العلماء لا يجوز الانتفاع بنجس الذات اختيارًا إلا على النحو الذي تقدم، ومن الناس من جوز الانتفاع بالأعيان النجسة - نجس الذات- ولو في غير حال الاضطرار قائلين بأن النهي إنما هو عن بيعه لا عن الانتفاع به، لأنه لما قال النبي ﷺ: «إن الله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام»، سئل فقيل له: أرأيت شحوم الميتة فإنه يطلى بها السفن ويدهن بها الجلود ويستصبح به الناس؟ فقال ﷺ: «لا، هو حرام».

هذا الضمير يحتمل أن يكون راجعًا إلى هذه الأفعال المذكورة من الطلي بها ودهن الجلود والاستصباح بها، أي أن هذا الانتفاع حرام، ويحتمل أن يكون راجعًا إلى البيع، أي أن بيعها حرام وإن كان المشتري يشتريها للانتفاع المذكور.

ومنشأ هذا الاحتمال هو: هل وقع سؤالهم عن البيع لهذا الانتفاع، أو وقع السؤال عن الانتفاع نفسه؟ الأظهر أن سؤالهم إنما وقع عن حكم بيع هذه الأشياء لهذا الانتفاع، لأنه لم يخبرهم في البداية عن تحريم هذا الانتفاع حتى يذكروا له حاجتهم إليه، وإنما أخبرهم أولا تحريم بيع الخمر والميتة والخنزير، فأخبروه بأنهم يبيعونه لهذا الانتفاع، فلم يرخص لهم بالبيع ولم ينههم عن الانتفاع المذكور، ولا تلازم بين عدم جواز البيع وحل الانتفاع.

ومما يدل على أن النهي عن بيع هذه الأشياء لا عن الانتفاع بها، أنه أي البيع هو الذي نعاه الرسول على اليهود في الحديث نفسه، وهذا هو الذي اختاره ابن تيمية وابن القيم وغيرهما، وعليه فيجوز الانتفاع بشحم الميتة بغير البيع، فيدهن به الجلود ويستضاء وتطلى به السفن وغير ذلك، ولكن لا يجوز دفعه في المعاوضات، كالمهر أو بدل الخلع أو أجر العمل أو الصلح عن الدم، لأنها في معنى البيع.

الشرط الثاني: أن يكون منتفعًا به شرعًا حالا أو مآلا:

ليصح مقابلة الثمن له، فكل عين مملوكة يجوز اقتناؤها والانتفاع بها في غير حال الضرورة يجوز بيعها، إلا ما استثناه الشرع - كالكلب - لأن الملك سبب إطلاق تصرف الإنسان، والمنفعة المباحة يجوز استيفاؤها، فجاز أخذ عوضها وأبيح لغيره بذل ماله فيها توصلا إليها ودفعا لحاجته منها، كسائر ما أبيح نفعه، فيجوز بيع كل منتفع به - ما لم يمنع الشرع منه - ولو كان الانتفاع به يسيرًا، أو قلت قيمته، كالتراب والماء في مكانهما المعد لهما بعد أن يحوزهما البائع ليدخلا في ملكه، ولا يقدح في صحة البيع إمكان حصول مثلهما بلا تعب ولا مؤونة. وكذا ما كان الانتفاع به مترقبا أي في المآل كالمهار الصغار والجحش الصغير والفهد الصغير والفرخ ونحو ذلك.

وأما ما لا نفع فيه كخشاش الأرض والحشرات التي لا تنفع، كحية وعقرب وفأرة وخنفساء، لا يصح بيعه، إذ لا نفع في الحشرات المذكورة يقابل بالمال، فإن حصل بها انتفاع شرعي صح بيعها، فلذا صح بيع دود القز والنحل منفردة عن الخلية إذا كانت محبوسة في بيوتها ورآها المتبايعان، وكذا الديدان التي تتخذ لإطعام السمك أو تترك في الشص فيصاد السمك بها، أو التي تتخذ لإجراء التجارب العلمية عليها، ولا يباع من الحيوان ما بلغ حد السياق أي نزع الروح، بحيث لا يدرك بذكاة. لو كان مباح الأكل لعدم الانتفاع به شرعًا، لأنه في حكم الميتة، سواء في ذلك محرم الأكل أو مباحه.

أما ما أشرف على الموت ولم يبلغ حد السياق، فإن كان مباح الأكل جاز بيعه لإمكان ذكاته، كالمريض الذي لم ينزل به أسباب الموت، واختلف فيما لم يبلغ حد السياق من محرم الأكل - كالحمار - فقيل لا يجوز بيعه لعدم الانتفاع به ما دام قد أشرف على الموت، وقيل يجوز بيعه لإمكان حياته وهو الراجح.

الشرط الثالث: أن يكون غير منهي عن بيعه:

فلا يصح بيع كلب الصيد أو الحراسة للنهي عن بيعه، وإن كان طاهرًا منتفعًا به، فقد نهى النبي ﷺ عن «ثمن الكلب، ومهر البغي، وحلوان الكاهن»، متفق عليه، وقال ﷺ: «ثَمَنُ الكَلْبِ خَبِيثٌ»، رواه مسلم، وقال ابن عباس رضي الله عنهما: نهى رسول الله ﷺ عن « ثَمَنِ الكَلْبِ، فَإِنْ جَاءَ يَطْلُبُهُ فَامْلَؤُوا كَفَّهُ تُرَابًا»، رواه أبوا داود، ولأن الكلب حيوان نهى الشارع عن اقتنائه في غير حال الحاجة، فأشبه الخنزير.

وقال قوم: يجوز بيع الكلب المأذون في إمساكه، لأنه محل منتفع، به مباح اقتناؤه، ويحرم إتلاف المعلم منه عند عامة العلماء، ويجب غرم قيمته على من أتلفه عند بعض العلماء -ومنهم مالك-، ويصح نقل اليد فيه، والوصية به، فأشبه الحمار فجاز بيعه، فكأن القائلين بهذا الرأي رأوا تخصيص عموم النهي عن بيع الكلب بما لا يجوز اقتناؤه والانتفاع به وهو الكلب غير المعلم، أما ما يجوز اقتناؤه ككلب الصيد وكلب الحراسة فيجوز بيعه، وتخصيص العموم احتمال قريب حتى قيل ما من عام إلا وخصص، والمخصص هنا هو المصلحة، لأن منفعة الكلب المعلم ظاهرة، وقال آخرون: يجوز بيع كلب الصيد دون غيره لما روي عن جابر، قال: نهى رسول الله ﷺ عن «ثَمَنِ الكَلْبِ وَالسِّنَّوْرِ، إِلاَّ كَلْبَ الصَّيْدِ»، ولو صح هذا لكان مخصصا لأحاديث النهي عن ثمن الكلاب، ولكن قال الترمذي: لا يصح إسناد هذا الحديث مرفوعًا، والصحيح وقفه على جابر.

وكذا يمنع بيع كل شيء علم أن المشتري قصد به أمرًا لا يجوز شرعًا، كبيع أرض لمن يتخذها كنيسة، وبيع العصير لمن يعتقد أنه يتخذه خمرًا، وبيع العنب لمن يصنع منه خمرًا، وبيع نحاس لمن يتخذه ناقوسًا، وهكذا الحكم في كل ما قصد به الحرام، كبيع السلاح في الفتنة، أو لقطع الطريق، وآلة حرب للحربيين وكل ما فيه قوة لهم، فإذا باع ذلك كان البيع باطلا لقوله تعالى: ﴿**وَلاَ تَعَاوَنُوا عَلَى الاِثْمِ وَالعُدْوَانِ**﴾[1]، والنهي للتحريم، وهذا البيع عون على الإثم والعدوان، فإن وقع كان باطلا، لأنه عقد على عين لمعصية الله تعالى فلا يصح، ولأن تحريم هذه الأشياء لحق الله، فأفسد العقد كبيع الربا.

ثم إن المنهي عنه قد يكون منهيًا عن بيعه كله، كما لو جمع بين كلبين أو خنزرين في صفقة واحدة، وقد يكون منهيا عن بيع بعضه كما لو جمع بين شيئين في البيع أحدهما حرام بيعه والآخر حلال، كثوب وكلب، أو ثوب وخمر في صفقة، فيحرم البيع ولا يصح إذا عَلِمَا أو عَلِمَ أَحَدُهُما بحرمة البعض.

أما إذا لم يعلما معا بحرمة البعض، أو لم يعلم أحدهما ذلك عند البيع، فلا يضر، لأنه يكون من باب العيوب، فيبطل ما يقابل الحرام، وله التمسك بالحلال بما يخصه من الثمن إذا كان الحلال وجه الصفقة أي أكثرها.

---

(1) سورة المائدة، الآية 2.

وأما قول الفقهاء: إن الصفقة إذا جمعت حلالا وحراما بطلت كلها لأجل الحرام، فمحمول على ما إذا علما أو أحدهما بحرمته، كما لو اشترى قُلَّتَيْ خل فإذا إحداهما خمر، أو اشترى دارين فتبين أن إحداهما وقف لا تباع، أو اشترى شاتين مذبوحتين فتبين أن إحداهما ميتة، ولم يعلما أو أحدهما بذلك، فللمشتري التمسك بالحلال بما يخصه من الثمن، إذا كان ذلك الحلال وجه الصفقة أي أكثرها، أما إذا كان الحرام أكثر الصفقة وجب رد الجميع أو التمسك بالحلال بجميع الثمن، ولا يجوز التمسك بالحلال الأقل بما يقابله من الثمن.

الشرط الرابع: أن يكون مقدورا على تسليمه:

فلا يصح بيع وحش في الفلاة وطير في الهواء مملوكا كان أو لا، أما المملوك فلأنه غير مقدور على تسليمه، وغير المملوك لا يجوز بيعه لعلتين: عدم القدرة، وعدم الملك، ولا فرق بين كون الطائر يألف الرجوع أو لا يألف، لأنه لا يقدر على تسليمه الآن، فإن قيل: الغائب في مكان بعيد لا يقدر على تسليمه في الحال ومع ذلك يجوز بيعه على الصفة أو على رؤية متقدمة، فهو كالطير في الهواء في أنه غير مقدور عليه في الحال، فلا فرق بينهما، قلنا: الفرق أن الغائب يقدر على استحضاره، والطير لا يقدر صاحبه على رده إلا أن يرجع هو بنفسه، ولا يستقل مالكه برده، فيكون عاجزًا عن تسليمه لعجزه عن الواسطة التي يحصل بها تسليمه، بخلاف الغائب.

وإن باعه الطير في البرج نظر، فإن كان مفتوحًا لم يجز، لأن الطير إذا قدر على الطيران لم يمكن تسليمه، وإن كان البرج مغلقًا ويمكن أخذه جاز بيعه.

ولا يصح بيع حيوان شارد كالجمل الشارد والفرس العائر وشبههما، كسيارة مفقودة لعدم القدرة على تسليمه، ولأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الغرر، وهذا فيه غرر.

فلو علم محله وصفته وكان موقوفًا لصاحبه ليأخذه جاز بيعه اعتمادًا على الرؤية المتقدمة أو على الصفة، كالغائب لإمكان تسليمه، فإن علم موضعه ولكن عند من لا يمكن خلاصه منه إلا بمشقة، فلا يجوز بيعه لعدم إمكان نزعه منه، وكذا لو كان في الأخذ منه خصومة.

وأما السمك، فإن باعه في الماء وكان مملوكًا له، وكان الماء رقيقًا صافيًا لا يمنع مشاهدته ومعرفته - قلة وكثرة - وأمكن اصطياده بغير كلفة، فقد ذهب بعض العلماء

إلى جواز بيعه في هذه الحالة، لأنه مال مملوك معلوم يمكن تسليمه فأشبه السمك الموضوع في الطست، فجاز بيعه.

وإن لم يكن كذلك بأن لم يكن الماء رقيقًا ولا يمكن مشاهدته ومعرفته قلة وكثرة، أو لم يمكن اصطياده إلا بكلفة ومشقة، فلا يجوز بيعه، لأنه لا يقدر على تسليمه إلا بعد اصطياده فأشبه الطير في الهواء، ولأن النبي ﷺ نهى عن بيع الغرر - رواه مسلم - وهذا منه، ولقول ابن مسعود وابن عمر: لا تشتروا السمك في الماء لأنه غرر، ولأنه في الماء مجهول لكونه يقل أو يكثر فأشبه بيع اللبن في الضرع.

ولا يصح للإنسان بيع ما لا يملكه، أي يبيع الشيء ويمضي ويشتريه ويسلمه، لما رواه الترمذي عن حكيم بن حزام قال: قلت يارسول الله، الرجل يسألني البيع وليس عندي أفأبيعه؟ فقال عليه الصلاة والسلام: «لاَ تَبِعْ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ»، قال الترمذي: حديث حسن صحيح، فهذا الحديث يمنع الإنسان من بيع ما ليس عنده. وعلة النهي هنا أنه بيع ما لا يقدر على تسليمه فأشبه الطير في الهواء، لأنه ربما لا يجده فيعجز عن تسليمه، وحينئذ يكون قد غرر بصاحبه.

ولا يجوز بيع المغصوب لعدم القدرة على تسليمه، إلا إذا باعه المالك الأصلي لمن يقدر على أخذه من الغاصب بلا مشقة بأن كان الغاصب ممن تأخذه الأحكام وكان مُقرًا.

أما إذا كان الغاصب ممن لا تأخذه الأحكام فلا يخضع لحكم الحاكم، ولا يقدر عليه إلا بمشقة، أو كان ممن تأخذه الأحكام ولكنه منكر ولو عليه بينة، فإن بيع المالك في هذه الحالة لا يصح، لأنه بيع ما فيه خصومة، إذ كل ما في خلاصه خصومة، أي نزاع ورفع للحاكم، لم يجز بيعه لعدم القدرة على تسليمه ولو في أول حاله.

ويجوز أن يبيعه المالك لغاصبه إن عزم الغاصب على رده لصاحبه، وأولى إن رده له بالفعل، فإن لم يعزم على رده لم يجز بيعه له لأنه مقهور، إذ الكلام في غاصب لا يقدر عليه إلا بمشقة، غير أن القهر لا ينتج عنه عدم صحة البيع وإنما يفيد عدم اللزوم.

فإن جهل حال الغاصب هل عزم على الرد أو لم يعزم، فقولان أشهرهما جواز البيع له، ثم إن محل اشتراط العزم على الرد لصحة البيع للغاصب إذا كان غير مقدور عليه بحيث لا تناله الأحكام، أما الغاصب المقدور عليه فيجوز بيع المالك له من غير شرط، لأنه كبيعه للمودع.

الشرط الخامس: أن يكون كل من الثمن والمثمن معلومًا للمتبايعين:

ذاتًا وصفةً وأجلا، فإن كانا مجهولين أو كان أحدهما مجهولاً، وكان الجهل بهما جملة وتفصيلا، أو تفصيلا فقط وإن علمت جملته، كان البيع فاسدًا، وأما إن تعلق الجهل بالجملة فقط وعلم التفصيل فلا يفسد البيع، وسيأتي بيانه.

والجهل في الثمن والمثمن إنما منع لكونه غررا، والغرر ضارٌّ في المعاوضات التي يقصد بها تنمية المال ومفسد لها وفي مقدمتها البيع. والغرر في المبيعات من جهة الجهل يوجد على أوجه :

* الوجه الأول: الجهل بجنس المعقود عليه ،كأن يشتري سلعة لم يسمها، كما لو كان في كُمِّ شخص شيء فباعه والمشتري لا يدري أي شيء هو، وكشراء حجر يراه لا يدري أزجاج هو أم ياقوت، ففاسد لا يصح.

* الوجه الثاني: الجهل بنوع المعقود عليه، كثوب لم يسم نوعه، أو فرس أو سيارة لم يسم نوعهما، فلا يصح.

* الوجه الثالث: الجهل بتعيين المعقود عليه، ومن أمثلته بيعتان في بيعة، ففاسد لنهيه عليه الصلاة والسلام عنه، وعلة الفساد هو الجهل بالثمن أو المثمن حال العقد، وله صورتان:

الصورة الأولى: أن يبيع لشخص سلعة على اللزوم بأحد ثمنين، كأن يبيع السلعة بعشرة نقدًا أو عشرين إلى أجل معلوم، وأولى بأجل مجهول، فلا يصح، إذ لا يدري البائع بم باع ولا المشتري بم اشترى. وإنما يفسد إذا كان على اللزوم منهما أو من أحدهما، فإن كان على الخيار لهما معًا، جاز.

الصورة الثانية: أن يبيعه إحدى سلعتين مختلفتين جنسًا، كثوب وفرس، أو مختلفتين صنفًا كرداء وكساء بعقد واحد، ففاسد، وعلة الفساد الجهل بالمثمن حال العقد إن اتحد الثمن، أو الجهل في الثمن والمثمن معا إن اختلف الثمن. هذا إذا كان البيع على اللزوم، فإن وقع على اختيار المشتري، جاز.

وهذا المنع من بيع إحدى سلعتين مختلفتين بعقد واحد على اللزوم ما لم يكن اختلافهما في الجودة والرداءة فقط مع اتفاقهما فيما عداهما، وإلا فلا منع، كثوب جيد

وآخر من جنسه رديء، فيجوز بيع أحدهما على اللزوم بثمن واحد على أن يختار المشتري ما يأخذه منهما، لأن الغالب اختيار الجيد. بل ولو كانت السلعتان المختلفتان في الجودة والرداءة فقط طعامين ربويين واتحد الكيل فيما يكال والوزن فيما يوزن واتحد الثمن، كقنطار قمح أحدهما أجود والآخر رديء، فيجوز بيع أحدهما على اللزوم، ويختار المشتري ما يأخذه منهما، وكذا إذا كان الأجود أكثر من الرديء فيجوز بيع أحدهما على اللزوم، هذا هو المعتمد في مذهب مالك. ومقابله المنع في الطعامين إذا اختلفا جودة ورداءة مع الاتفاق فيما عداهما.

ووجه هذا القول أن من خُير بين شيئين يعد منتقلا، لأنه قد يختار شيئا ثم ينتقل إلى أكثر منه أو أقل أو أجود، وهذا تفاضل ممنوع، ولأنه يؤدى إلى بيع الطعام قبل قبضه، وهذا مردود بأن الشأن الدخول على اختبار الأجود فلا يتأتى للعاقل انتقال، فلا يؤدي إلى تفاضل، فالطعام وغيره سواء في أنه لا يضر اختلافهما في الجودة والرداءة، ويضر اختلافهما فيما عداهما[1].

ولكن جواز بيع أحد الطعامين على اللزوم ما لم يصحبهما أو أحدهما غير الطعام من عروض أو حيوان، وإلا فلا يجوز، كما إذا كان عنده صبرتان من الطعام مع كل واحدة أو مع إحداهما دون الأخرى ثوب، فيقول مالكها للمشتري: أبيعك إحدى الصبرتين مع الثوب الذي معها بدينار على اللزوم، ولك الخيار في التعيين، أو يقول: أبيعك إما هذه الصبرة مع الثوب بدينار، وإما هذه الصبرة وحدها على اللزوم، ويخير المشتري في تعيين ما يأخذه، فهذا بيع فاسد، وذلك لأن من خير بين شيئين يعد منتقلا، فمن اختار شيئا اعتبر أنه قد اختار قبله غيره، فإذا اختار واحدة بعد أن اختار قبلها غيرها وانتقل ثمنها لهذه، أدى إلى بيع طعام وعرض بطعام وعرض، أوبيع طعام وعرض بطعام، وكلاهما ممنوع، ولأن في ذلك بيع الطعام قبل قبضه وهو ممنوع أيضًا.

ومن أمثلة البيع الفاسد للجهل بتعيين المعقود عليه بيع الحصاة المنهي عنه على أحد احتمالاته، فقد فسر بأنه بيع يلزم على ما تقع عليه الحصاة من الثياب مثلا، دون أن يقصد الرامي شيئا معينا، كأن يكون في مجلس العقد مقاطع من قماش فيشتري مقطعا

---

1) وظاهر أن الطعامين لو اتفقا جودة ورداءةً وكيلا، ولم يكن معهما أو مع أحدهما غير الطعام، جاز بيع أحدهما على أن يختار المشتري ما يأخذه منهما بلا خلاف.

بدينار مثلا ويقول البائع للمشتري: بشرط أن يكون المقطع الذي تأخذه هو الذي تقع عليه الحصاة، فيأخذ حصوة ويرميها، فما جاءت عليه كان هو المبيع فيلزم. فهذا فاسد للجهل بعين المبيع، فإن كان الرامي يقصد معينًا من القطع المذكورة جاز البيع إذا كان على خيار المشتري. وهذا كله إن اختلفت السلع، فإن اتفقت جاز، سواء أكان الوقوع بقصد أم بغيره.

* الوجه الرابع: الجهل بوجود المعقود عليه، أي جهل وجوده وصفته، كالعقد على الشارد المجهول صفته قبل شراده ولا يدرى حصوله، ففيه الجهل والغرر.

وكبيع الملاقيح والمضامين: الملاقيح بيع ما في ظهور الفحول، والمضامين بيع ما في بطون الإناث من الإبل، وهذا تفسير مالك، وقال أبو عبيد: الملاقيح ما في البطون وهي الأجنة، والمضامين ما في أصلاب الفحول، فكانوا يبيعون الجنين في بطن الناقة وما في ظهور الفحل من الماء الذي يُكَوِّن الجنين، فنهى عنه الشرع، فلا يجوز بيع الجنين في بطن أمه، وعلة الفساد فيه الجهالة، فإنه لا تعلم صفته ولا يدرى أهو حي أم ميت، ناقص أم تام، ذكر أم أنثى.

* الوجه الخامس: الجهل بحصول المعقود عليه مع العلم بوجوده كالطير في الهواء والسمك في الماء، لأن حصوله مجهول، إذ لا يقدر صاحب الطير على رده إلا إذا رجع هو بنفسه، فهو غير مقدور عليه لجهالة حصوله، والسمك في الماء مجهول حصوله فيتعذر تسليمه، بالإضافة إلى أنه قد يقل أو يكثر فيكون مجهول الكمية، وقد تقدم تفصيل القول فيه.

* الوجه السادس: الجهل بالمقدار، كالبيع إلى مبلغ رمي الحصاة، كأن يقول البائع للمشتري أبيعك على اللزوم قدرًا من أرضي هذه، مبدؤه من محل وقوفي أو من محل وقوف فلان مثلا إلى ما تبلغ رمية الحصاة مني أو من فلان بكذا، ففاسد، للجهل بقدر المبيع لاختلاف الرامي، وهذا إذا وقع على اللزوم، وإلا فجائز. ومن ذلك أيضًا البيع بعدد ما يقع من الحصاة، كأن يقول البائع: خذ جملة من الحصى في كفك أو كفّيك وحركه مرة أو مرتين مثلا، فما وقع كان لي بعدده دنانير، ففاسد، للجهل بقدر الثمن، وهذا والذي قبله مما فسر به النهي عن بيع الحصاة.

ومن أمثلة الجهل بمقدار الثمن الجهل المتعلق بتفصيل الثمن، كشراء فرسي رجلين معلومين أو سيارتيهما، لكل واحد من الرجلين فرس أو سيارة اشتراهما بثمن واحد كألف مثلا ففاسد، للجهل بتفصيل الثمن، إذ لا يعلم ما يخص كل واحد من الفرسين أو السيارتين من الثمن المذكور، ولذا لو سمى المشتري لكل فرس أو سيارة ثمنا بعينه، أو قوَّمَا كلاًّ بانفراده قبل البيع لأجل فض الثمن على قيمتهما، أو دخلا على المساواة قبل التقويم، أو جعلا لأحدهما جزءًا معينا من الثمن، بأن يجعل لهذا ثلثا وللآخر ثلثين، واشتراهما المشتري بثمن واحد، صح البيع لانتفاء الجهل بتفاصيل الثمن.

ومن أمثلة جهل المقدار أن يبيع بزنة حجر مجهول القدر، فلا يصح للجهل بكمية المثمن وقدره.

ومن أمثلته كذلك أن يبيعه سلعة عقارا كان أو عرضًا بالنفقة على البائع مدة حياته أو حياة المشتري، ففاسد للجهل بمدة الحياة فيكون مجهول القدر، فلو كان البيع بالنفقة عليه مدة معلومة جاز، إن كان على أنه إن مات البائع قبل تمامها رجع ما بقي للوارث أو لبيت المال، فإن كان على شرط أن ما بقي يكون للمشتري لم يجز.

ومن ذلك أيضًا بيع السلعة بقيمتها التي تظهر في السوق، أو التي يقولها أهل السوق، أو التي يرضى بها فلان، ففاسد، للجهل بمقدار العوض. هذا إذا كان البيع على اللزوم، وإن كان على الخيار جاز، لأن بيع الخيار منحل، وكذا البيع على حكم العاقد من بائع أو مشترٍ، كأن يقول البائع للمشتري: بعتك هذه السلعة بما تحكم به أو بما ترضى به أنت من الثمن، فيقول المشتري: اشتريتها بذلك، ثم يفرض المشتري الثمن بأن يقول: رضيت بأن الثمن كذا، أو حكمت بأن الثمن كذا، أو يقول المشتري: اشتريت تلك السلعة منك بما تحكم به أنت يا بائع، كل ذلك فاسد للجهل بالعوض حال العقد، وهذا إن كان العقد على اللزوم، وإن كان بالخيار جاز.

* الوجه السابع: الجهل ببقاء المبيع، كبيع الثمار قبل بدو صلاحها، فقد «نهى النبي ﷺ عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها، نهى البائع والمبتاع»، رواه الشيخان عن ابن عمر، وروى مسلم عنه أن النبي ﷺ «نَهَى عَنْ بَيْعِ النَّخلِ حَتَّى يَزْهُوَ، وَعَنْ بَيْعِ السُّنْبُلِ حَتَّى يَبْيَضَّ وَيَأْمَنَ العَاهَةَ، نَهَى البَائِعَ وَالْمُشْتَرِيَ»، والنهي يقتضي فساد المنهي عنه، وعلة الفساد هو الخوف من تلف الثمرة وحدوث العاهة قبل أخذها، كما أشار إلى ذلك قوله

في الحديث «حَتَّى يَبْيَضَّ وَيَأْمَنَ العَاهَةَ»، وكما دل عليه أيضًا قوله في رواية أخرى إذ قال: «أَرَأَيْتَ إِنْ مَنَعَ اللَّهُ الثَّمَرَةَ فَبِم يَأْخُذُ أَحَدُكُمْ مَالَ أَخِيهِ؟» رواه البخاري.

وإنما يمنع بيعه قبل بدو صلاحه إذا اشتريت الثمار على أن تبقى على أصولها حتى تنضج، أما إذا اشتريت على القطع في الحال فيجوز لانتفاء علة المنع، لأن الخوف من التلف مأمون فيما يقطع في الحال فصح بيعه، ولكن بشروط ثلاثة:

أن يكون مما يمكن الانتفاع به لأكل أو علف أو دواء، وإلا فلا يصح، لفقد شرط صحة البيع لكونه إضاعة مال.

وأن تدعو الحاجة إلى هذا البيع لأكل أو غيره، وإن لم تبلغ هذه الحاجة حد الضرورة، وإلا فهو من باب إفساد الثمرة، فلا يصح إلا لحاجة.

وأن لا يكثر هذا البيع بين الناس، فإن كثر منع لئلا يؤدي إلى غلاء الثمار ومنع الزكاة بالبيع قبل النضج.

* الثامن: الجهل بالأجل، كشراء السلعة إلى قدوم غائب لا يدرى موعد قدومه، ففاسد للجهل بالأجل، وكبيع الحصاة على أحد الاحتمالات التي فسر بها النهي عنه، فقد قيل إن معناه أن يقول: بعتك هذا بكذا، على أني متى رميت هذه الحصاة من يدي فقد وجب البيع، وعلى هذا فقد علق انعقاد البيع على السقوط في زمن غير معين، ففيه تأجيل بأجل مجهول، فالبيع فاسد.

وكبيع حَبَلِ الحبلة، لأنه إما عبارة عن بيع يؤجلونه إلى أن تنتج الناقة ثم تحمل التي نتجت فكانوا يبيعون إلىأن تلد الأولاد، وعلى هذا فعلة الفساد جهل الأجل، لأنهم كانوا يؤجلون الثمن إلى نتاج النتاج، وإما عبارة عن بيع جنين الناقة، وهذا من باب النهي عن بيع المضامين والملاقيح، وقد تقدم.

* التاسع: الجهل بالصفة، كشراء رطل من الشاة قبل السلخ، وأولى قبل الذبح، فلا يصح، لأنه لايدرى ما صفة اللحم بعد السلخ، وأما بعد السلخ فجائز، وهذا المنع إذا كان البيع على اللزوم، وإن كان على خيار المشتري عند الرؤية جاز.

ومن ذلك بيع الملامسة والمنابذة، لنهيه عليه الصلاة والسلام عنهما، فكان الرجلان في الجاهلية يساومان السلعة، فإن لمسها المشتري أو نبذها إليه البائع لزم البيع، فنهى عنه الشرع، قال مالك: الملامسة شراؤك الثوب لا تنشره ولا تعلم ما فيه، أو تبتاعه ليلاً ولا

تتأمله، أو ثوبًا مدرجًا لا ينشر من جرابه أي وعائه، والمنابذة أن تبيعه ثوبك فتنبذه إليه، أو يبيعك ثوبه فينبذه إليك من غير تأمل منكما على الإلزام، فالبيع فاسد، وقيل أيضًا إنهما جَعْلُ اللمس والنبذ بيعًا من غير صيغة تعاقد، وعلة الفساد فيهما الجهل بالصفة.

ومن أمثلته كذلك المنع من بيع الحنطة ونحوها في سنبلها دون السنبل، لأنه بيع ما لم تعلم صفته ولا كثرته.

ومن ذلك أيضًا بيع حيوان بشرط الحمل إن قصد البائع باشتراطه استزادة الثمن، بأن كان مثلها لو كانت غير حامل تباع بأقل مما بيعت به ففاسد، وعلة الفساد الغرر، إذ قد تلده حيًّا وقد لا تلده لا نفشاش الحمل، وقد تلده ميتًا. فإن قصد باشتراطه الحمل التبّري من عيب الحمل، أي أنه باعها على أنها حامل لأجل أن لا يقدر المشتري على ردها لو ظهر بها حمل، جاز البيع لانتفاء الغرر.

* فهذه تسعة موارد للغرر في المبيعات من جهة الجهالة، وأكثر البيوع التي نهى عنها النبي ﷺ ترجع إلى وجود الغرر بالجهالة في الثمن أو المثمن بواحد من الأشياء التي سبق ذكرها، كما يتضح من الأمثلة السالفة.

ثم إن الغرر من جهة الجهالة منه ما هو كثير ممتنع، كبيع الطير في الهواء، والسمك في الماء، وبيع الملاقيح، والمضامين، والملامسة والمنابذة، وغير ذلك من الأمثلة التي ذكرناها وما شابهها، وإما غرر يسير فيغتفر إجماعًا للضرورة، واليسير ما شأنه أن يتسامح الناس فيه عادة، وذلك كأساس الدار، فإنها تشتري من غير معرفة عمقه ولا عرضه ولا متانته، وكإجارتها مشاهرة مع احتمال نقصان الشهور، وكَجُبَّة محشوة أو لحاف، والحشو مغيب، وكشرب من سقاء مع اختلاف الشرب، وكدخول حمام مع اختلاف الاغتسال ونحو ذلك.

الجهل الذي لا يضر في البيع: جهل الثمن أو المثمن في البيع إنما يضر إذا تعلق بالجملة والتفصيل معا، أو تعلق بالتفصيل فقط وان علمت جملته -كما تقدم- وأما إن تعلق الجهل بالجملة فقط وعلم التفصيل فلا يفسد البيع.

وذلك كبيع صبرة بتمامها مجهولة القدر - وأولى معلومة القدر - كل صاع بكذا، وأريد بيع الجميع، أو باع قدرًا معينًا منها، فإذا قال المشتري مثلا: أشتري منك صاعًا من هذه الصبرة، أو أشتري منك كل صاع من هذه الصبرة بكذا وأراد في الصورة الثانية

شراء جميعها، كان البيع جائزًا، سواء أكانت الصبرة معلومة الصيعان أم لا، لأنها إن كانت معلومة الصيعان كانت معلومة الجملة والتفصيل، وإن كانت مجهولتها كانت مجهولة الجملة معلومة التفصيل، وجهل الجملة فقط لا يضر، لأن الجهل وإن تعلق ابتداء بجملة الثمن ولكن يعلم تفصيله بالكيل فاغتفر. وكبيع كل ذراع من شقة، أو كل رطل من زيت، إذ لا فرق بين المكيلات والمقيسات والموزونات، فيجوز إذا أريد شراء الجميع مما ذكر أو عين قدر منه، كصاع أو عشرة آصع، أو ذراع، أو عشرة أذرع، أو رطل أو عشرة أرطال بكذا، لأن الجهل هنا إنما تعلق بجملة الثمن ابتداء ولكن سيعلم تفصيله عند الكيل فاغتفر.

أما إن أريد شراء بعض غير معين فلا يجوز، للجهل بجملة الثمن والمثمن، وذلك كما لو قال: أشتري من هذه الصبرة كل قنطار بدينار، وأراد بمن التبعيض، فلا يصح، لأن البعض صادق بالقليل والكثير، والثمن يختلف بحسب ذلك، فكان الجهل بجملة الثمن والمثمن فلم يغتفر.

وجاز بيع قدر معلوم من زيت زيتون قبل عصره بوزن، نحو بعني عشرة أرطال من زيت زيتونك أو جميعه كل رطل بكذا، كما يجوز بيع دقيق حنطة ونحوها قبل طحنها، نحو بعني صاعًا أو آصعا أو جميع دقيق هذا القمح كل صاع بكذا، ولكن بشرطين:

أ - الشرط الأول: أن لا يختلف خروج الزيت والدقيق عادة، فإن اختلف بأن كان تارة يخرج له زيت وتارة لا يخرج، أو اختلف خروجه في الجودة والصفاء، والخضورية والبياض، أو النعومة والخشونة، أو القلة والكثرة، إذا كان المبيع قدرًا معلومًا، لأنه قد لا يخرج القدر المطلوب في كل ذلك، لم يجز بيعه قبل عصر الزيت وطحن الحنطة للغرر، لجهل صفة ما يخرج وقدره إن كان المبيع قدرًا معلومًا.

ولكن محل منع بيعه عند اختلاف الخروج إذا كان البيع على اللزوم، أما إذا كان على خيار المشتري إذا رآه بعد العصر والطحن فيجوز ولو اختلف خروجه، لأن بيع الخيار منحل، ولكن لا يجوز حينئذ نقد الثمن بشرط لتردده بين السلفية والثمنية.

ب - الشرط الثاني: أن لا يتأخر عصر الزيت أو طحن الحب أكثر من نصف شهر، لأن أقل أجل السلم نصف شهر، فلو تأخر عنه حصل السلم، وشرط السلم المؤجل بهذا الأجل أن يكون المسلم إليه في الذمة، وما هنا من الزيت والدقيق معين، فإذا تأخر خروجه أكثر من نصف شهر لزم السلم في معين، وهو لا يجوز.

وكل حب يمكن أن يتوصل إلى معرفة جودته ورداءته برؤية بعضه بفرك ونحوه كالحنطة ونحوها من الحبوب، يجوز بيعه في سنبله بعد يبسه قبل الحصد وبعده، قتا أو منفوشًا أو في تبن، بعد الدرس إذا وقع البيع على الكيل، نحو بعتك جميع حب هذا الزرع كل قنطار بكذا، أو بعتك من حبه قنطارا بكذا، كالصبرة السابق بيانها.

وهذا ما لم يتأخر تمام حصده ودرسه وذروه أكثر من نصف شهر، وإلا منع، لئلا يكون سلما في معين وهو ممنوع. فإن وقع على غير كيل لم يجز ما لم يكن رآه في سنبله وهو قائم وحزره، فإنه يجوز على الرؤية السابقة.

وأما بيع الزرع جزافًا، فإن كان قتا أو قائمًا في أرضه جاز بيعه بشرط يبسه، وكون ثمرته في رأسه، كقمح وذرة وغيرهما مما يكون ثمرته في رأسه، وبشرط حزره وكونه جزافًا مع ما يخرج من تبنه. فما ثمرته في ساقه كالذرة المسمى بالشامي أو في جميع قصبته كالفول لا يجوز بيعه جزافًا، ولو رآه المشتري، قائمًا لعدم إمكان حزره، كما لا يجوز بيعه بلا حزر ولا جزافًا مجردا عن التبن.

وإن كان الزرع منفوشًا أي مختلطًا بعضه ببعض في الجرين أو في موضع الحصد، أو كان في تبنه بعد الدرس، لم يجز بيعه جزافًا إلا أن يكون قد رآه قبل حصده قائما وحزره، فإن رآه قائمًا وحزره جاز بيعه جزافًا اعتمادًا على الرؤية السابقة.

فالحاصل أن للزرع أحوالا خمسة، لأنه إما قائم بالأرض أو غير قائم، وغير القائم إما قت وإما منفوش، وإما في تبنه في الجرين بعد الدرس، وإما خالص بعد التذرية وهو المسمى بالصبرة، ثم المبيع إما الحب وحده، وإما الحب بسنبله.

فإن كان المبيع الحب وحده - دون سنبله - جاز بيعه بالكيل في الأحوال كلها، ويجوز بيع الحب وحده جزافًا في الخالص فقط دون غيره بشروط الجزاف. وإن كان المبيع الحب بسنبله، جاز بيعه في القت والقائم جزافًا بشروط الجزاف الآتي بيانها، وأما المنفوش وما في تبنه لم يجز بيعهما جزافًا إلا إذا كان المشتري قد رآهما في أرضهما قبل الحصد، فيجوز عندئذ فيهما الجزاف أيضًا بشروطه.

الشرط السادس: أن لا يتعلق به حق للغير:

ولكنه شرط للزوم البيع وليس شرطا لصحته، فيصح بيع المرهون لغير مرتهنه بعد أن قبضه المرتهن، ويتوقف لزومه على رضا المرتهن، فله إجازة البيع وتعجيل دينه، وله رده ويبقى رهنًا، وذلك في الأحوال الآتية:

أ - الحالة الأولى: أن يبيع الراهن الرهن بأقل من الدين ولا يكمل له ما نقص، فيخير المرتهن بين أن يرد البيع ويرجع الرهن كما كان، أو يجيزه ويأخذ الثمن ويطالب ببقية دينه، سواء أكان الدين عينًا مطلقًا (من بيع أو من قرض)، أو كان عرضًا من بيع أو من قرض، وهذا إذا لم يكمل له، فإن كمل له ما نقص من الدين فليس له حق رد البيع لعدم الإضرار به.

ب - الحالة الثانية: أن يبيع الراهن بمساو للدين أو أكثر، وكان الدين عرضًا من بيع، فيخير المرتهن بين رد البيع وإمضائه، فإن رده رجع رهنا، وإن أمضاه عجل الدين، لأنه لا يلزمه قبول العرض قبل أجله، إذ الأجل من حق الدائن والمدين إذا كان الدين عرضًا من بيع، وللمرتهن حق رد بيع الرهن قبل الأجل في هذه الحالة، ولو بيع بما فيه وفاء للدين أو أكثر، إذ قد يكون له غرض في بقاء دينه إلى أجله.

أما إذا باعه بمساو للدين أو أكثر، وكان الدين عينًا مطلقًا من بيع أو قرض أو كان عرضًا من قرض، فليس للمرتهن حق رد البيع بل يلزم، وله فقط حق تعجيل دينه، لأن الأجل في دين العين من حق من كانت عليه ولو كان من بيع، وكذلك الأجل في دين العرض إذا كان من قرض، فإنه من حق المقترض فقط، فله أن يدفع ما عليه قبل الأجل، فلا كلام للمرتهن.

هذا كله إذا بيع الرهن بجنس الدين، أما إذا بيع بغير جنس الدين ولم يأت الراهن برهن فيه وفاء للدين بدل الأول، فللمرتهن الخيار بين فسخ البيع وإمضائه، فإن فسخ البيع رجع رهنًا كما كان، وإن أمضاه عجل دينه، فإن أتى الراهن برهن فيه وفاء للدين فلا كلام للمرتهن، ويبقى الدين إلى أجله.

هذا الذي تقدم فيما إذا بيع الرهن بعد القبض، أما لو باعه الراهن قبل حوزه فيمضي بيعه إن فرط مرتهنه في طلبه حتى باعه، وصار دينه بلا رهن لتفريطه، ولا يلزم الراهن دفع بدله، وإن لم يفرط المرتهن بل جد في الطلب، فقيل رد البيع إن لم يفت ويبقى رهنًا، وقيل يمضي البيع فات أم لا، ويكون الثمن رهنًا.

الفصل الثالث

أنواعـــه

المبيع إما حاضر مرئي أو غائب، والحاضر إما معلوم الكمية والوزن والعدد وقد تقدم، وإما معلوم بالحرز والتحسين وهو الجزاف والغائب إما موصوف أو غير موصوف وإليك بيان ما لم يسبق ذكره.

أولا: بيع الجـــزاف[1]:

الجزاف مثلث الجيم: وهو ما جهل كيله أو وزنه أو عدده، والأصل فيه منع بيعه للجهل، ولكن الشارع خفف فأجازه للضرورة فيما شق علمه من المعدود، أو قلَّ جهله في المكيل والموزون، إذ لا يشترط المشقة فيهما، ودليل جوازه ما ثبت أن الصحابة كانوا يتاعون الثمار جزافًا، فقد روى البخاري ومسلم عن ابن عمر أنه قال: «كنا نشتري الطعام من الركبان جزافًا، فنهانا رسول الله ﷺ أن نبيعه حتى ننقله من مكانه»، ولأن الجزاف وإن كان مجهول القدر إلا أنه معلوم بالرؤية فصح بيعه كالثياب والحيوان. هذا ولا يعلم خلاف في جواز بيع الجزاف بين العلماء في الجملة.

شروط جوازه:

يشترط لصحة بيع الجزاف شروط:

الشرط الأوّل: الرؤية حال العقد أو قبله، واستمر المتعاقدان على معرفة المبيع إلى وقت العقد، وعلى هذا فلايشترط في الجزاف الحضور مطلقًا، سواء كان زرعًا قائمًا أو صبرة طعام أو غيرهما، وإنما يشترط فيه الرؤية بالبصر، سواء أكانت مقارنة للعقد أم سابقة عليه، ما دام المبيع لم يتغير إلى حين العقد.

وروي عن مالك رضي الله عنه أنه يشترط في بيع الجزاف كله أن يكون حاضرًا حين العقد، ويلزم من حضوره رؤيته أو رؤية بعضه، وعلى هذا فلا تكفي الرؤية السابقة على

---

(1) من مراجع هذا البحث:

الشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقي جـ 3 - ص 20 - 24، ومواهب الجليل وجواهر الإكليل جـ 4 - ص 285 - 294.
والفروق للقرافي جـ 3 ص 245 - 247 - وتهذيب الفروق، الفرق السادس والثمانون بعد المائة ص 241 - 245 .

العقد، ولكن يستثنى من اشتراط الحضور الزرع القائم والثمار في رؤوس الأشجار، يباع كل منهما جزافًا، فيغتفر فيهما عدم الحضور إن تقدمت الرؤية.

والقول الأول هو الراجح المتصور، قال ابن رشد بأن التفرقة بين حوائط الثمر الغائبة يجوز بيع ثمرها جزافًا، وكذا الزرع الغائب، وبين غيرهما من المكيل والموزون والمعدود لا يجوز بيعه جزافًا إلا بشرط الرؤية حين العقد، هذه التفرقة لا حظ لها من النظر، لأن المقصود من الرؤية حين العقد عند من اشترطها حصول المعرفة بالمبيع وانتفاء الجهالة عنه حين حصول العقد وإبرامه، وهذا يستوي فيه الصبرة والزرع القائم والثمرة على رؤوس الأشجار، فاشتراط الرؤية عند العقد في الجزاف المكيل والموزون والمعدود دون اشتراطها في الزرع القائم والثمر في رؤوس الأشجار لا يظهر له وجه، فإما أن يقال إن للرؤية حين العقد تأثيرا فتشترط في الكل، أو يقال العبرة استمرار المتعاقدين على معرفة حال المبيع إلى وقت العقد ولو برؤية سابقة، عليه، وهذا هو المعقول، لأن المطلوب نفي الجهالة.

وعلى كل فلا يجوز بيع الجزاف على الصفة ولا على رؤية متقدمة يمكن فيها تغيره عن حاله السابق.

وتكفي رؤية بعض المبيع المتصل به كمغيب الأصل، وكصبرة فيكفي رؤية ما ظهر منها، ولا يضر عدم مشاهدة باطن الصبرة لأن ذلك يشق، لكون الحب بعضه على بعض، ولا يمكن بسطها حبة حبة، ولأن الحب تتساوى أجزاؤه فاكتفى برؤية ظاهره، وهكذا كل مثلي من مكيل وموزون كقطن وكتان، بخلاف المقوم كعدل مملوء بالقماش، فلا يكفي رؤية بعضه على ظاهر المذهب، لأن المقوم تختلف أجزاؤه، وقيل إن كان المقوم من صنف واحد فإنه كالمثلي في كفاية رؤية بعضه، وتكفي أيضًا رؤية الصوان (ما يصون الشيء) كقشر رمان وجوز ولوز، ولا يشترط كسر بعضه ليرى، وكذا البطيخ ونحوه.

فإن لم ير المبيع جزافًا حين العقد ولا قبله ولو كان حاضرًا فلا يصح بيعه جزافًا، فلو أعطاه ظرفًا فارغا غير معلوم القدر كقفة فارغة ليملأها قمحًا بدينار مثلا ولم ير القمح المذكور، أو أعطاه قارورة مجهولة القدر ليملأها زيتًا ولم ير الزيت المذكور حال العقد ولا قبله، ولم يسبق للعاقدين بيع مثله جزافًا، ففاسد، لأنه غير مرئي، بل ولو كان الظرف مملوءًا أوَّلًا فاشترى ما فيه جزافًا بدرهم على أن يملأه من ذلك المبيع ثانيا بعد

تفريغه بمثل الثمن الأول والعقد واحد فلا يصح، لأن الثاني غير مرئي حال العقد ولا قبله، والحال أن الظرف ليس مكيالاً معلومًا.

ويستثنى من ذلك نحو سلة زبيب وتين وقربة ماء وجرارة ونحوها مما صار في العرف كالمكيال لذلك الشيء، فيجوز شراء ملئه فارغا، وملئه ثانيا بعد تفريغه بدرهم مثلا في عقد واحد، لكونه بمنزلة المكيال المعلوم.

ومحل اشتراط الرؤية في البيع جزافًا ما لم يلزم تلف المبيع بالرؤية، كقلال خل مختومة يفسدها فتحها، وإلا جاز بيعها من دون فتح إن كانت مملوءة، أو علم المشتري قدر نقصها، وعلم أيضًا صفة ما فيها من الخل ولو من إخبار البائع، وكالأطعمة المحفوظة والأدوية المعبأة في القوارير ونحو ذلك مما لا يفتح إلا عند الاستعمال وفي فتحه فساد أو مشقة.

الشرط الثاني: أن يكون المبيع كثيرًا لا جدًّا، بحيث لا يتعذر معه حزره، فما كثر جدا يمنع بيعه جزافًا سواء كان مكيلا أو موزونًا، ولو لم يكن في كيله أو وزنه مشقة، إذ لا تشترط المشقة فيهما.

الشرط الثالث: أن يجهل المتبايعان قدر كيله أو وزنه أو عدده، فإذا علم أحدهما قدره كيلا أو وزنًا أو عددًا وجهله الآخر فلا يجوز بيعه جزافا، لما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «من علم كيل طعام فلا يبيعه جزافًا حتى يبينه»، ولأن مالكا قال: لم يزل أهل العلم ينهون عن ذلك، ولم يرو عن أحد خلافا، فكأنه اتفاق على المنع، ولأن الذي علم قَصَدَ خديعة من لم يعلم، لأن عدوله إلى البيع جزافًا مع علمه بقدر الكيل أو الوزن أو العدد يشعر بطلب المغابنة والتغرير ظاهرا ،فصار كتدليس البيع، وقد قال ﷺ: «من غشنا فليس منا»، فتسويتهما في العلم أو الجهل أبعد من التغرير.

ثم إن الجاهل بقدر المبيع من المتعاقدين إن كان يعلم حين العقد أن صاحبه يعلم قدره، وتعاقد معه مع علمه بأنه أخفى عنه الحقيقة فسد البيع لتعاقدهما على الغرر، والغرر منهي عنه، والنهي يقتضي الفساد، وقال بعضهم: إن علم به المشتري فلا خيار له، لأنه دخل على بصيرة، فهو كمن اشترى مُصرَّاةً يعلم تصريتها، وأما إن لم يعلم أن البائع كان عالمًا بذلك فله الخيار في الفسخ والإمضاء لأنه غش من البائع.

والمشهور عدم التفريق بين البائع والمشتري، فإذا علم الجاهل بقدره منهما بعد العقد أن صاحبه كان يعلم قدره وأخفى عنه فلا يفسد البيع، بل يخير في الرد والإمضاء، فالخيار يثبت للجاهل منهما وليس للمشتري وحده.

وذهب أبو حنيفة والشافعي إلى صحة بيع الجزاف مع علم أحدهما وجهل الآخر، لأنه إذا جاز البيع مع جهلهما فمع العلم من أحدهما أولى.

وذهب الإمام أحمد في أحد قوليه إلى كراهته دون تحريمه، فقال: لا يعجبني أن يبيعه إذا عرف كيله إلا أن يخبره، فإن باعه فهو جائز وقد أساء، ولم يثبت عنده ما روي من النهي، وإنما كرهه لاختلاف العلماء، وأن تسويتهما في العلم أو الجهل أبعد من التغرير، وقوله الآخر كمذهب مالك.

الشرط الرابع: حزره، أي تخمين قدره عند إرادة العقد عليه، فلا بد من حزر المبيع جزافًا، ولا يصح من دونه خلافا للشافعي في اكتفائه بالرؤية، ولكن الرؤية لا تنفي الغرر في المقدار، فالراجح وجوب الحزر، ولا بد أيضًا أن يكون من يحزره من أهل الحزر، بأن اعتاده، سواء كان من المتعاقدين أو ممن وكلاه.

وما لا يتيسّر حزره لا يجوز بيعه جزافًا، وذلك مثل الأشياء التي يدخل بعضها تحت بعض، كعصافير وحمام وصغار دجاج إذا بيعت حية جزافًا، فلا يصح لعدم تيسر حزرها، لأن الحية منها يدخل بعضها تحت بعض، والمكيل والموزون والمعدود يقصد كثرته وقلته، والمحصل لهما الحزر ولم يتيسر، فلم يجز بيعها جزافًا ما لم يحط بها معرفة قبل الشراء، وإلا جاز شراؤها جزافًا، وكذا لا يجوز بيع الحمام جزافًا في برج من دون برجه، لعدم إمكان الحزر فيه، وهذا أيضًا ما لم يحط به معرفة قبل الشراء، فإن أحاط به معرفة بالحزر في وقت نومها مثلا جاز شراؤها جزافًا، وأما إن باع البرج مع الحمام فقيل الحكم كالصورة السابقة: الجواز إن أحاط به معرفة قبل الشراء، وعدم الجواز إن فقد القيد، وهذا هو الراجح، وقيل يجوز ولو لم يحط بالحمام معرفة لأنه تبع للبرج، وهذا ضعيف.

الشرط الخامس: أن تستوي أرضه، فلا بد من علم أو ظن الاستواء، فإذا علما أو أحدهما عدم الاستواء فسد العقد، وإذا دخلا على اعتقاد الاستواء فظهر في الواقع كذلك لزم البيع، وإلا فإن ظهر في الأرض علو فالخيار للمشتري، أو انخفاض فالخيار للبائع.

الشرط السادس: أن يكون في عده مشقة، وهذا الشرط خاص بالمعدود كالبيض ونحوه، فالمعدود لا يباع جزافًا إلا إذا كان في عده مشقة، بخلاف المكيل والموزون فإنه يباع كل منهما جزافًا ولو لم تكن مشقة في كيله أو وزنه، وذلك لأنهما مظنة المشقة، لاحتياجها لآلة وتحرير لا يتأتى لكل الناس، فنزلت مظنة المشقة فيهما منزلة التحقق، فجاز فيهما الجزاف مطلقًا، بخلاف العدّ لتيسره لغالب الناس.

الشرط السابع: أن لا يكون المبيع جزافًا مما يقصد آحاده، وهذا الشرط أيضًا في المعدود، وهو كالمستثنى من الشرط قبله، أي إن كان في عده مشقة جاز بيعه جزافًا ما لم تقصد أفراده بالثمن، فإن كان مما يقصد أفراده بالثمن وكان التفاوت بينها كثيرا فلا يجوز حينئذ بيعه جزافًا، بل لا بد من عده، وذلك كالثياب والحيوان ونحوهما لقصد أفراد جنسها مع تفاوت آحادها في القيمة، ألا ترى أن الغرض يتعلق بثوب دون ثوب وحيوان دون حيوان، بخلاف ما لا يقصد آحاده، فلا يتعلق الغرض بقمحة مثلا دون قمحة، بل المطلوب الجنس والمقدار دون الآحاد بخصوصياتها.

ويستثنى مما يقصد آحاده ما قل ثمن أفراده، بأن كان التفاوت بين أفراده قليلا، فيجوز حينئذ جزافًا، ولا يكون قصد الأفراد مضرا في بيعه بالجزاف، وذلك كبيض وتفاح ورمان وجوز وبطيخ.

ومما يمنع بيعه جزافًا نقد الذهب والفضة وكذا الفلوس، فلا يجوز بيعها بالجزاف إن كان التعامل فيه بالعدد لقصد أفرادها حينئذ، سواء كانت مسكوكة أم لا، إذ المدار على التعامل فيه بالعدد، وإن لم يتعامل بها عددًا بل تعومل بها وزنًا جاز بيعها جزافًا مسكوكة كانت أم لا لعدم قصد الأفراد حينئذ.

والحاصل أن ما يباع من المعدود جزافًا، إما أن يعد بمشقة أو لا، وفي كل إما أن يقصد أفراده أو لا، وفي كل إما أن يقل ثمنها أو لا. فمتى عُدَّ بلا مشقة لم يجز بيعه جزافًا قُصِدَتْ أفراده أم لا، قل ثمنها أم لا، ومتى عُدَّ بمشقة، فإن لم تقصد أفراده جاز بيعه جزافًا قل ثمنها أو لا، وإن قصدت الأفراد جاز جزافًا إن قل ثمنها، ومنع إن لم يقل، فالمنع في خمسة، والجواز في ثلاثة.

الشرط الثامن: أن لا يشتريه مع مكيل من نوعه أو غيره، ولذلك صور:

* الصورة الأولى: اجتماع جزاف من الحب كقمح وشعير ونحوهما مما أصله البيع كيلا مع مكيل من الحب سواء كان من جنسه أو لا، كأن يقول: أشتري منك هذه الصبرة التي لم يعلم قدرها، وهذه الصبرة المعلومة القدر بالكيل بثمن واحد أو بثمنين، والحال أن العقد وقع على الصبرتين معا، فلا يصح لخروج أحدهما عن أصله الذي هو بيعه بالكيل.

* الصورة الثانية: اجتماع جزاف من حب مع مكيل مما أصله أن يباع جزافًا كالأرض، كأن يقول: أشتري هذه الصبرة جزافًا بكذا، ومائة ذراع من هذه الأرض

بكذا، بعقد واحد مع تعدد الثمن، أو يقول بعني هذه الصبرة ومائة ذراع من أرضك بكذا، فالثمن متحد، فلا يصح لخروجهما عن الأصل، إذ الأصل في الحب بيعه كيلا وفي الأرض بيعها جزافًا.

* الصورة الثالثة: اجتماع جزاف من أرض مما يباع في الأصل جزافًا مع أرض مكيلة، كأن يقول: بعني هذه الأرض جزافًا مع مائة ذراع من أرض أخرى بكذا، فلا يصح ذلك لخروج أحدهما عن أصله، فهذه ثلاث صور ممنوعة.

* أما الصورة الجائزة فهي: اجتماع جزاف مما أصله أن يباع جزافًا كالأرض، مع مكيل مما أصله أن يباع كيلا كحب، كأن يقول: أشترى منك هذا الصبرة المعلومة القدر وهذه الأرض المجهولة بمائة بعقد واحد، فيجوز لمجيء كل منهما على أصله.

ويجوز جزافان صفقة واحدة، سواء أكان أصلهما البيع جزافًا كقطعتي أرض مجهولتي القدر يشتريهما جزافًا بمائة مثلا، أو يشتري إحداهما بمائة والأخرى بمائتين ووقع عليهما العقد معا، أم كان أصلهما مما يباع كيلا كصبرتي حب مجهولتي القدر اشتراهما جزافًا بثمن واحد أو متعدد، صفقة واحدة، أم كان أحدهما أصله أن يباع كيلا والآخر جزافًا، كحب وأرض كل منهما مجهول القدر اشتراهما صفقة واحدة بثمن واحد أو متعدد، فكل ذلك جائز، لأن الجزافين وإن اختلفا في أصلهما إلا أنهما في معنى الجزاف الواحد من حيث تناول الرخصة لهما.

ويجوز مكيلان كذلك صفقة واحدة، سواء أكان أصلهما مما يباع جزافًا أو كيلا، أم كان أحدهما يباع كيلا والآخر جزافًا، كأن يشتري منه عشرة قناطير قمحًا من هذه الصبرة وعشرة قناطير شعيرًا من تلك بكذا، اتفق الثمن في المكيلين أو اختلف، وكأن يشتري منه عشرة أذرع من هذه الأرض، وعشرين ذراعًا من أرض أخرى بكذا، أو عشرة قناطير من حب وعشرة أذرع من هذه الأرض مثلا بكذا.

ويجوز جزاف مع عرض، كثوب وحيوان ونحوهما مما لا يباع كيلا ولا جزافا، كأن يشتري صبرة أو قطعة أرض مجهولة القدر مع الثوب أو الحيوان أو السيارة ونحو ذلك صفقة واحدة، كما يجوز جزافان على كيل أو وزن أو عدد صفقة واحدة، كأن يقول: بعني هاتين الصبرتين من التمر أو القمح كل قنطار بكذا، وذلك بشرطين:

أحدهما أن يتحد ثمن المكيل، كصبرتي قمح اشتراهما على الكيل صفقة واحدة، كل صاع منهما بدرهم، فلو اختلف الثمن فيهما كما لو اشترى كل صاع من إحداهما بدرهم ومن الأخرى بنصف درهم لم يجز.

والآخر: أن تتحد صفتهما، فإن اختلفت الصفة كقمح وشعير لم يجز وإن اتحد الثمن. والاختلاف في الجودة والرداءة كالاختلاف في الصفة، كما لو كانتا صبرتين من قمح إحداهما جيدة والأخرى رديئة واشتراهما معا بعقد واحد كل قنطار منهما بكذا، فلا يصح ولو اتحد الثمن أيضًا.

هذا ولا يضاف لجزاف بيعَ على كيل أو وزن أو عدد غَيْرُه مطلقًا، سواء كان مكيلا أو موزونًا أو معدودًا، من جنسه أو من غير جنسه، فلا يجوز أن تبيع صبرة كل قنطار منها بكذا على أن يكون مع المبيع سلعةُ كذا من غير تسمية ثمن لتلك السلعة، بل ثمنها من جملة ما اشترى به الصبرة، فلا يصح، لأن ما يخص السلعة حين البيع مجهول، وذلك كأن يقول: أشتري منك هذه الصبرة كل قفيز بدينار على أن يكون مع الصبرة هذا الثوب، ولم يسم للثوب المذكور ثمنًا أصلا، بل ثمنه من جملة ما اشترى به الصبرة، فيمنع، لأنه لا يدرى ما يخص الثوب من الثمن .

الشرط التاسع: نفي ما يتوقع معه الربا، فلا يباع أحد النقدين بالآخر جزافًا، ولا طعام بطعام من جنسه جزافًا، لعدم تحقق التماثل.

الشرط العاشر: عدم المزابنة للنهي عنها، وهي بيع مجهول وزنه أوكيله أوعدده بمعلوم قدره أو بمجهول من جنسه، كبيع جزاف من جير أو جبس أو إسمنت أو قطن أو حديد بمكيل أو موزون من ذلك الجنس، أو بيع جزاف من ذلك بجزاف مثله من جنسه كصبرة جير بصبرة جير لأنه مزابنة.

ثانيا: البيع على البرنامج:[1]

وجاز البيع والشراء على رؤية البرنامج، وهو الدفتر المكتوب فيه صفة ما في العدل، والعدل في الأصل: أحد شقي الحمل توضع فيها الثياب ونحوها من السلع المعدة للبيع ثم تشد وتربط.

---

(1) بداية المجتهد جـ 2 ص 117، ومواهب الجليل وجواهر الإكليل - جـ 4 ص 294، والشرح الكبير للدردير - جـ 3، ص 24.

فيجوز للإنسان شراء السلع التي بداخل العدل معتمدًا على أوصافها المقيدة في دفتر البائع دون أن يراها، والأصل منع ذلك، لأن المبيع الحاضر لا بد من رؤيته، وإنما جاز بيعه اعتمادًا على ذلك للضرورة، لما في حل العدل من الحرج والمشقة على البائع من تلويث سلعته وتكاليف ومؤن شدها وربطها ثانية إن لم يرض بها المشتري، فأقيمت الصفة مقام الرؤية وإن كان الشيء المبيع حاضرًا، وللمشتري أيضًا في ذلك مصلحة، لأن بقاء السلعة مربوطة أصون لها، والمشتري إن وجد السلعة على أوصافها المذكورة في الدفتر لزمه البيع، وإن وجدها على غير ما هو مقيد فيه ففيه تفصيل:

إن وجدها أدنى صفة مما هو مكتوب في الدفتر فهو بالخيار، إن شاء فسخ البيع وإن شاء أمضاه.

وإن وجدها أقل عددًا وضع عنه من الثمن بقدر ما نقص، وهذا ما لم يكثر النقص، فإن كثر النقص أكثر من النصف لم يلزمه قبول وضع الثمن عنه بقدر النقص، بل له حق رد البيع إن شاء.

وإن وجدها أكثر عددًا، كان البائع شريكًا معه بنسبة الزائد، وقيل يرد ما زاد. قال ابن القاسم: والأول أحب إلي.

وإن اختلفا، فادعى المشتري على البرنامج بعد ما قبض المتاع وغاب عليه، أو بعد تلف ما اشتراه على البرنامج، عدم موافقة ما في العدل لما في البرنامج، وادعى البائع الموافقة، فإن البائع هو الذي يصدق بيمينه، فيحلف أن ما في العدل موافق للمكتوب في البرنامج، وهذا إذا قبضه المشتري على تصديق البائع، فإن قبضه على أن المشتري مصدق كان القول قوله، وكذا إذا قبضه ليقلب وينظر، فإن المشتري هو الذي يصدق أيضًا.

فإن قيل: إن القاعدة أن الذي يحلف هو المدعى عليه لا المدعي، لأن البينة على المدعي واليمين على من أنكر، وهنا قد حلف البائع وهو مدع للموافقة، فخالف القاعدة؟

الجواب عن ذلك: أن البائع وإن ادعى الموافقة إلا أنه مدعى عليه هنا، لأن المدعى عليه هو من ترجح قوله بمعهود أو أصل، والأصل هنا موافقة ما في العدل للمكتوب، فلم يكن حلفه على خلاف القاعدة.

فإن نكل البائع فلم يحلف، حلف المشتري على مخالفة ما في العدل للمكتوب، وأنه لم يغير ما وجده، وأن هذا هو المبتاع بعينه، وعندئذ له رد السلعة على البائع،

فإن نكل المشتري وأبى عن اليمين كما نكل البائع لزمه ما أتى به، ولا شيء له على البائع.

ومثل ما تقدم ما لو دفع شخص دراهم أو دنانير كانت عليه أو أقرضها لغيره أو اشترى شيئا فدفع الدنانير ثمنا لما اشتراه، أو غير ذلك، فادعى عليه آخذها بعد أن قبضها وغاب عليها أنه وجدها أو شيئا منها رديئة أو ناقصة العدد، وأنكر دافع الدارهم والدنانير أنه دفع رديئة أو ناقصة، فالقول لدافعها بيمين، فيحلف أنه ما دفع إلا جيادًا أو كاملة.

وصورة الحلف في نقص العدد على البت أنه دفع القدر الفلاني بتمامة جزمًا، وفي نقص الوزن وتهمة الغش يحلف على نفي العلم، إلا أن يتحقق أنها ليست من دراهمه، فيحلف على البت فيهما أيضًا، وقيل يحلف في نقص الوزن على البت مطلقًا كنقص العدد، واستظهره بعضهم.

فإن نكل الدافع عن اليمين حلف آخذها، وردها أو كمل له دافعها النقص. وهذا كله إذا اتفقا على أنه قبضها آخذها على المفاضلة أو اختلفا، فإن اتفقا على أنه قبضها لينظر فيها أو ليزنها، فالقول للقابض بيمينه.

ثالثا: البيع على رؤية متقدمة:[1]

يجوز البيع - على اللزوم أو على الخيار - برؤية للمبيع سابقة على وقت العقد إن جزم أو ظن أنه لا يتغير المبيع بعدها عادة إلى وقت العقد، وهو يختلف باختلاف الأشياء من فاكهة وثياب وحيوان وطعام وعقار.

فإذا رأى المشتري المبيع قبل العقد بزمن لا يتغير فيه عادة فإنه يصح له شراؤه، سواء كان البيع على البت أو الخيار، أما إذا رآه قبل العقد بزمن يتغير فيه عادة، أي شأنه ذلك جزمًا أو ظنًا، فلا يجوز بيعه على اللزوم، ويجوز على الخيار بالرؤية.

ويشترط لصحة البيع برؤية متقدمة ألا يكون المبيع بعيدًا جدا، فإن بعد جدًا بما يظن فيه التغير قبل إدراكه على الصفة التي رآه عليها المشتري لم يجز بيعه على اللزوم، ويجوز على الخيار عند رؤيته، ما لم يشترط نقد الثمن للبائع، فإن شرط لم يجز لتردده بين السلفية والثمنية.

---

(1) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي - جـ 3 ص 25، ومواهب الجليل ص 294.

هذا، ولا يشترط في صحة هذا البيع أن يكون المبيع غائبًا عن مجلس العقد، بل يصح بيعه عى الرؤية السبقة ولو كان حاضرا مجلس العقد، لأن الغيبة عن المجلس إنما يشترط فيما بيع على الوصف دون رؤية كما سيأتي.

ثم إن المشتري برؤية متقدمة إن أدرك المبيع على الصفة التي رآه سابقًا صح البيع وتم، وإن رآه متغيرا عن حاله السابق رده، وإن اختلف فادعى المشتري أن المبيع ليس على الصفة التي رآه عليها بل تغيرت، وادعى البائع أنه عليها ولم تتغير، سئل في ذلك أهل الخبرة والمعرفة بذلك، فإن قطعوا بأن المدة التي بين رؤيته قبل البيع ورؤيته عند القبض يتغير فيها المبيع عادة، كان القول للمشتري بلا يمين، وإن قطع أهل المعرفة بعدم التغير فيما بين الرؤية والقبض، فالقول للبائع بلا يمين كذلك، وإن لم يجزم أهل المعرفة بل ظنوا، فإن ظنوا التغير فالقول للمشتري بيمين، وإن ظنوا عدمه فالقول للبائع بيمين أيضًا.

وإن حصل شك من أهل المعرفة هل تغير فيما بين الرؤية والقبض أم لا، فأشكل عليهم الأمر، فالقول للبائع بيمينه، فيحلف على أن المبيع باق بالصفة التي رآه عليها المشتري ويتم البيع، وإنما ترجح قول البائع عند الشك لأن الأصل عدم تغير الصفة.

ولا يشترط كون القطع أو الترجيح حاصلا من جماعة، بل يكفي واحد منهم على المعتمد ما دام من ذوي الخبرة والمعرفة، لأن ذلك من باب الإخبار لا من باب الشهادة.

رابعا: بيع الغائب:[1]

يجوز بيع السلعة الغائبة التي لم يرها المشتري ولكن بشروط:

الشرط الأوّل: أن يكون غائبا عن مجلس العقد، فإن كان حاضرا في المجلس كالقمح في الكيس والسكر في الصندوق لم يجز بيعه بالوصف، لأنه حينئذ عدول عن اليقين إلى توقع الغرر والمخاطرة، فلا بد من رؤيته ما لم يكن في فتحه معاينته ضرر للمبيع أو فساد له، فلا يفتح فيباع بالوصف للضرورة.

---

1 - من مراجعه:
بداية المجتهد لابن رشد جـ 2 ص 116 وما بعدها، والفروق للقرافي جـ 3 - الفرق السابع والثامنون بعد المائة ص 245 - 249، ومواهب الجليل وجواهر الإكليل - جـ 4 ص 296 وما بعدها، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير جـ 3 ص 25 وما بعدها، والمغني والشرح الكبير جـ 4 ص 26 وما بعدها.

وما كان غائبًا عن مجلس العقد ولكنه قريب، كأن تكون مسافة غيبته يومًا فدونه بأن كان حاضرًا بالبلد، قيل لا يجوز بيعه على الصفة باللزوم، بل لا بد من حضوره في مجلس العقد ورؤيته لسهولة إحضاره غالبًا.

والأشهر في مذهب مالك جواز بيع غير حاضر مجلس العقد على الصفة باللزوم، ولو كان في البلد، وإن لم يكن في إحضاره مشقة عليه، وهذا هو المنصوص عليه في المدونة مرارًا.

هذا كله إذا كان البيع على اللزوم، فإن كان ما بيع على الصفة بالخيار، فلا يشترط فيه أن يكون غائبا، بل يجوز بيعه ولو كان حاضرًا مجلس العقد أو بالبلد قولا واحدًا.

الشرط الثاني: أن لا يكون بعيدًا جدا، بحيث يعلم أو يظن أن المبيع يدرك على ما وصف، بأن كان لا يتغير بين العقد والقبض عادة، فإن بعد جدا بما يظن فيه التغير قبل إدراكه على صفته، لم يجز بيعه على اللزوم لتوقع تغيره قبل التسليم، أو يتعذر تسليمه فلا يصح، هذا إن كان البيع على البت، فإن بيع على خيار المشتري جاز مطلقًا، ولو بعد جدًا، إذ لا ضرر على المشتري، لأن بيع الخيار منحل فلا غرر فيه.

الشرط الثالث: وصف المبيع بالصفات التي تتعلق الأغراض بها، وهي الأوصاف التي تختلف المالية باختلافها، وهذا شرط في لزوم بيع الغائب، وليس شرطًا في جوازه - كما سيأتي - وإنما كان وصفه شرطا في لزوم بيعه، لأن الوصف هو المعتبر في صحة بيع السلم الذي قيس عليه بيع الغائب. ومن المعلوم أن التقدير في السلم يكون بالوزن فيما يمكن فيه الوزن، وبالكيل فيما يكال، وبالذرع فيما يمكن فيه الذرع، وبالعدد فيما يعد، وإن لم يمكن أحد هذه التقديرات انضبط بالصفات المقصودة من المبيع، من ذكر الجنس والنوع إن كان أنواعًا مختلفة، أو مع تركه إن كان نوعًا واحدًا، ولا يجوز الاقتصار على ذكر الجنس فقط، لبعد العقد عن اللزوم حينئذ بسبب توقع مخالفة الغرض عند الرؤية.

وبالجملة، يجب في بيع الغائب على اللزوم أو السكوت وصف المبيع بما يعين جنسه ونوعه وغيرهما من الصفات التي تختلف المالية باختلافها، فينتفي الغرر، أو يخف حينئذ.

قال القرافي: حيث اشترطنا الوصف في الغائب والسلم كان المعتبر أن ينزل كل وصف على أدنى رتبة يصدق عليها مسماه لغة، وذلك لأن مراتب الأوصاف لا تنضبط

فتختلف في الزيادة والنقصان، فعدم اعتبار أدنى رتبة فيما لا تنضبط أوصافه يؤدي إلى الخصام والتقاتل والجهالة بالمبيع، بخلاف ما ليس لأوصافه مراتب فلا يحتاج إلى تحديده بحده الأدنى كما هو ظاهر، هذا، وواضح مما تقدم أن ما لا يمكن ضبطه بالوصف يمتنع بيعه على اللزوم غائبًا.

وهل يشترط أن يكون واصفه غير بائعه أم لا يشترط، بل يصح البيع وإن كان الواصف هو البائع نفسه؟ في ذلك خلاف:

فقيل يشترط ذلك فلا يجوز أن يباع الشيء الغائب بوصف بائعه، لأنه لا يوثق بوصفه، إذ قد يقصد الزيادة في الصفة لإنقاذ سلعته والترويج لها.

والراجح خلاف ذلك، فيجوز بيعه ولو بوصف البائع، غير أنه لا يجوز نقد الثمن - أي تعجيل دفعه - إذا كان الواصف هو البائع، فكون الوصف من غير البائع شرط في نقد الثمن لا في صحة البيع.

والحاصل أن ما وصف من السلعة الغائبة عن مجلس العقد يجوز بيعه على اللزوم، وعلى الخيار، وعلى السكوت، سواء أكان الواصف غير البائع أم هو البائع نفسه على الراجح.

ثم إن من اشترى السلعة على الصفة باللزوم فوجدها كما وصفت، لم يكن له الفسخ عند رؤيتها، لأن البائع سلم له المعقود عليه بصفاته فلم يكن له الخيار كالمسلم فيه، ولأنه مبيع موصوف فلم يكن للعاقد فيه خيار قياسا على السلم، وهو أصل جواز بيع الغائب كما تقدم، لأن ما ثبت للأصل يثبت للفرع، وأما إن وجده بخلاف الصفة فله الخيار، ويسمى خيار الخلف في الصفة، لأنه وجد الموصوف بخلاف ما وصف به، فلم يلزمه كالمسلم فيه.

فإن اختلفا فادعى المشتري أنه ليس على الصفة التي بيع عليها، وادعى البائع أنه عليها، فإنه في حالة الشك من أهل الخبرة والمعرفة يحمل هنا على عدم بقاء الصفة، فيكون القول للمشتري بيمينه، لأن الأصل براءة ذمته من الثمن فلم يلزمه، ما لم يقر بوجود المبيع على الصفة التي اشتراه عليها، أو يثبت ذلك ببينة أو ما يقوم مقامها.

ولزوم البيع فيما بيع على الصفة إذا رآه المشتري موافقًا لما وصف به هو مذهب مالك، ووافقه أحمد بن حنبل، وهو أحد القولين في مذهب الشافعي.

وقال أبو حنيفة: يجوز بيع الغائب على الصفة في غير الحيوان، ولكن يثبت للمشتري الخيار عند الرؤية، وإن وجد المبيع كما وصف، لأن الوصف عنده يوجب الصحة دون اللزوم، فيصح ولكن لا يلزم، ومنع بيع الحيوان على الصفة لعدم إمكان ضبطه بالوصف، فلا يجوز بيعه غائبا لعدم إمكان معرفة الصفات المقصودة منه.

خامسا: حكم بيع ما لم يوصف:

ليس المراد بما لم يوصف ما لم يذكر فيه جنسه ولا نوعه أصلا، أهو ثوب أو حيوان أو طعام، بل المراد ما بيع ولم يذكر فيه أوصاف الجنس أو النوع، أما ذكرهما فلا بد منه، فالكلام فيما إذا اقتصر على ذكر جنس السلعة دون ذكر الأوصاف التي تميزها، وإن كان في كلام بعضهم ما يدل أن المراد بما لم يوصف ما لم يذكر جنسه ولا نوعه.

وعلى كل حال فبيع السلعة الغائبة دون أن توصف يقع باطلا إن كان على اللزوم أو السكوت، وهذا لا خلاف فيه، أما بيعها من دون وصف على شرط خيار المشتري بالرؤية ففيه خلاف، قيل يصح، وهو المعتمد في مذهب مالك، وهو أيضًا مذهب أبي حنيفة، وقيل لا يصح، فلا يجوز بيع الغائب بلا وصف أو رؤية متقدمة مطلقًا، وهذا القول صححه صاحب المقدمات، ونسب إلى كبراء أصحاب مالك.

والقائلون بصحة بيع الغائب دون وصف ولا رؤية يستدلون بما يلي:

1 - إن الجهل فيما بيع بلا وصف إنما وقع في الصفات دون الذوات، ونهيه عليه الصلاة والسلام عن بيع المجهول إنما هو فيما جهلت ذاته، إذ الجهل بالذات أقوى، لأن الصفة تبع للذات.

ويجاب عن هذا بأن تفاوت المالية بين الأشياء إنما يكون بتفاوت صفاتها دون ذواتها، ومقصود الشارع من النهي عن بيع المجهول هو حفظ المال من الضياع، فإذا كان تفاوت مالية الشيء بتفاوت صفاته فلا فرق بين كونه مجهولا بذاته أو صفاته، فالنهي عن بيع المجهول متناول لما جهل وصفه، فبطل قولهم: إن النهي عن بيع المجهول فيما جهلت ذاته دون صفاته.

ولكن قد يناقش هذا الجواب بأن الجهل بصفة المبيع إنما يضر لو كان العقد على اللزوم، وما هنا لا ضرر فيه لأن المشتري له الخيار.

2 - استدلوا بما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «من اشترى ما لم يره فهو بالخيار إذا رآه»، ولولا أن العقد من دون رؤية صحيح لما أثبت له الخيار، إذ الخيار لا يثبت إلا في عقد صحيح.

ويجاب عن هذا بأنه حديث غير ثابت، لأن فيه رجلا متروك الرواية، بل قال الدارقطني: إنه حديث موضوع.

3 - استدلوا بأن بيع الغائب كالنكاح في أنه عقد معاوضة فلا يشترط فيه وصفه كما لا يشترط الوصف في النكاح، ألا ترى أنه يجوز العقد على المرأة دون معرفة أوصافها، فكذا هنا.

الجواب عن هذا بوجهين:

الوجه الأول: قلب هذا الدليل، فيكون عليهم لا لهم، فتقول: إن بيع الموصوف عقد معاوضه فلا يثبت فيه خيار الرؤية قياسًا على النكاح، فإذا لم يثبت خيار الرؤية فيه لزم اشتراط الصفة، لأن كل من قال بانتفاء خيار الرؤية قال باشتراط الصفة، فتشترط الصفة، فلا يصح بلا وصف، وهو المطلوب.

الوجه الآخر في الجواب: الفرق بين النكاح والبيع، فلا يصح قياسهم البيع على النكاح أصلا، لأنه لا يقصد منه المعاوضة، ولا يفسد بفساد العوض ولا بترك ذكره، لأن النكاح يصح من دون ذكر المهر، ولا يدخله شيء من الخيارات، بخلاف البيع في ذلك كله. ثم الفرق العظيم بين البيع والنكاح أن النكاح فيه رغبة الشارع الشديدة في سترة النساء عن الكشف لكل خاطب، لئلا يتسلط عليهن السفهاء، ولا شك أن اشتراط وصف المرأة أو رؤيتها لصحة نكاحها فيه مشقة عليها وإضرار بها، بخلاف البيع، ثم إن الصفات التي تعلم بالرؤية أو الوصف ليست هي المقصودة بالنكاح، فلا يضر الجهل بها، بخلاف الصفات التي تعلم بالرؤية أو الوصف في البيع فيضر الجهل بها، لأنها المقصودة من البيع، فلا يصح قياسهم.

4 - استدلوا بقياس بيع ما لم يوصف على بيع الصبرة والفواكه في قشرها، لأن الصبرة تباع دون معرفة باطنها، والفواكه تباع في قشرها دون معرفتها، فكذا بيع ما لم يوصف يصح بلا رؤية ولا وصف، إذ لا فرق بينه وبين باطن الصبرة والفواكه في قشرها، لأن كلًا عقد معاوضة على مجهول.

والجواب أن هذا قياس مع الفارق فلا يصح، لأن باطن الصبرة مساو لظاهرها، والعلم بأحد المتساويين علم بالآخر ضرورة، وليست صفات ما بيع بلا وصف متساوية لجنسه كالصبرة، فذكر الجنس فيه لا يغني عن ذكر الصفات، بخلاف الصبرة فإنه لا يضر عدم مشاهدة باطنها لتساوي أجزائها.

وأما ما بيع في قشره دون معرفته لأنه مستور بحائل من أصل خلقته فجاز بيعه على حاله، ولأن ستره في قشره فيه مصلحته، ألا ترى أنه لا قوام له إلا به، فجاز بيعه في قشره، كالجوز واللوز وغيرهما، في الشجر أو بعد القطف، فقياس بيع ما لم يوصف على الفواكه التي تباع في قشرها غير صحيح لعدم الجامع بينهما.

هذا غير أن إجابة المانعين عن أدلة المجيزين لبيع ما لم يوصف وإن كانت قوية إلا أنها لا تفيد عدم صحته، وإنما تفيد عدم لزومه، لأن إجابتهم عن تلك الأدلة تدور حول أن بيع الشيء بلا وصف ولا رؤية يؤدي إلى عدم معرفة الصفات المقصودة من المبيع، والجهل بذلك بدوره يؤدي إلى الغرر ومقصد الشرع من النهي عن الغرر إنما هو حفظ الأموال من الضياع. ولا شك أن الغرر إنما يضر إذا كان البيع على اللزوم، لأنه في هذه الحالة يؤدي إلى الخصومات والتقاتل، وكلامنا هنا فيما بيع على الخيار، والجهل بالصفات لا ضرر فيه ما دام البيع على خيار المشتري، ولهذا لا نرى حجة قوية فيما ذكروه على بطلان بيع ما لم يوصف إذا كان على الخيار.

وأما الذاهبون إلى عدم صحة بيع الغائب من دون وصف، ولو على خيار المشتري، فقد استدلوا بما روي عن النبي ﷺ أنه «نَهَى عَنْ بَيْعِ الغَرَرِ»، ولأنه باع ما لم يوصف له ولم يره، فأشبه بيع النوى في التمر فلم يصح، ولأنه بيع فلم يصح مع الجهل بصفة المبيع قياسًا على السلم.

غير أن الغرر والجهل بالمبيع إنما يضر لو كان البيع على اللزوم كما تقدم، وما هنا لا ضرر فيه على المشتري، لأن له خيار الرؤية، فالراجح قول من قال بصحة بيع ما لم يوصف على شرط الخيار.

وعلم مما تقدم أن مذهب مالك وأحمد بن حنبل وأحد قولي الشافعي صحة بيع الغائب إذا وصف بالصفات التي تتعلق الأغراض بها، وهي الصفات المعتبرة في السلم، وأن المشتري يلزمه البيع إذا وجد المبيع كما وصف، وأما بيع الغائب الذي لم يوصف

ولم يُرَ، فقد اتفقوا على بطلانه إذا كان على اللزوم، واختلفوا في صحته إذا كان على خيار المشتري عند الرؤية، والمعتمد في مذهب مالك صحته، ووافقه أبو حنيفة، وقيل لا يصح مطلقًا، وهذا هو المشهور عن أحمد.

وأما الشافعي فعنده لا يصح بيع شيء بلا وصف ولا رؤية متقدمة، وأما بيع الغائب بالوصف ففي مذهبه فيه قولان: أحدهما أن استقصاء الأوصاف على نحو الحد المعتبر في السلم يقوم مقام الرؤية، فيصح بيع الغائب بالصفة ويلزم، وهذا على وفق مذهب مالك وأحمد بن حنبل، والقول الآخر وهو الأشهر المنصوص عليه عند أصحابه أن بيع الغائب لا يجوز ولا ينعقد، سواء أكان على الصفة أم لا. واحتج على ذلك بدليلين:

الدليل الأول: القياس على السلم في المعين، فكما لا يجوز السلم في معين لا يجوز بيع الغائب المعين وإن وصف، والجامع بينهما أن كُلًّا غائب.

وجوابه أن هذا قياس مع الفارق، فلا يصح، إذ السلم يمتنع في معين، لأن من شروطه أن يكون المسلم فيه في الذمة، وما هنا معين، والمعين لا يكون في الذمة، فافترقا: ألا ترى أنه لو رآه سابقًا وأسلم فيه لم يصح السلم، لأنه بيع معين يتأخر قبضه وهو ممنوع، بخلاف بيع الغائب المعين، فإنه لو رآه سابقًا ثم اشتراه على رؤية سابقة صح البيع بلا خلاف.

الدليل الثاني: نهي النبي ﷺ عن بيع المجهول، وبيع الغائب بيع مجهول فلا يصح، لأن الوصف في مثل هذا لا يقوم مقام الرؤية، فلا بد من رؤية المبيع.

وجوابه من وجهين:

الوجه الأول: لا نسلم قولهم إن الوصف لا يقوم مقام الرؤية، والواقع يخالف ذلك، بل الوصف ينفي الجهالة فيقوم مقام الرؤية، ألا ترى إلى قوله تعالى: ﴿**فَلَمَّا جَاءَهُم مَّا عَرَفُوا كَفَرُوا بِهِ فَلَعْنَةُ اللَّهِ عَلَى الْكَافِرِينَ**﴾[1]، أخبر الله تعالى أن رسوله محمدًا ﷺ كان معروفًا عندهم، ومعرفتهم به إنما كانت بالإحاطة بصفته في كتبهم، فدل ذلك على أن الصفة ترفع الجهالة وتقوم بها الحجة، فلعنهم على كفرهم بعد قيام هذه الحجة عليهم.

---

(1) سورة البقرة، الآية 89.

الوجه الثاني: في الجواب عن دليله القياس على السلم: إذ المعتبر في المسلم فيه أن يصفه بصفاته التي تتعلق الأغراض بها، ولا شك أن اعتبار الوصف في المسلم فيه لكونه ينفي الجهالة، فكذلك بيع الغائب إذا وصف بما تختلف الأغراض بها تنتفى جهالته فلا غرر.

قال ابن رشد الحفيد: سبب الخلاف المذكور بين الأئمة في بيع الغائب هو: هل نقصان العلم المتعلق بالصفة عن العلم المتعلق بالحس هو جهل مؤثر في بيع الشيء، فيكون من الغرر الكثير الممنوع في الشرع، أم ليس بمؤثر، وأنه من الغرر اليسير المعفو عنه؟

فالشافعي في أشهر قوليه رآه من الغرر الكثير، ومالك ومن وافقه رأوه من الغرر اليسير، ومن رأى منهم أن بيع غير الموصوف ولو بالخيار لا يصح، وهو أحد القولين في مذهب مالك كما تقدم، من رأى ذلك يقول: إن الجهل المقترن بعدم الصفة مؤثر في انعقاد البيع. وأما أبو حنيفة فرأى أنه إذا كان للمشتري خيار الرؤية فلا غرر هناك، فإن شاء أنفذ البيع وإن شاء رده، سواء أكان البيع على الصفة أم بغيره.

حكم نقد الثمن في بيع الغائب بالوصف أو بالرؤية السابقة:

* المبيع الغائب على الصفة أو على رؤية متقدمة يجوز النقد فيه تطوعًا بشرطين:

الشرط الأول: أن يكون البيع على اللزوم، سواء أكان المبيع عقارا أم غيره، قريبا أم بعيدا، فإن كان البيع على الخيار منع نقد الثمن مطلقًا بشرط ومن دونه، كان البيع عقارًا أو غيره، قريبا أو بعيدًا.

الشرط الثاني، وهو خاص بما بيع على الصفة: أن يكون الواصف غير البائع، فمتى كان الوصف من البائع منع نقد الثمن ولو تطوعا، لاحتمال أن يكون قد بالغ في وصفه لينفق سلعته، فقد لا توجد كما وصفت فلا يتم البيع، فنقد الثمن حينئذ يؤدي إلى التردد بين السلفية والثمنية وهو ممنوع، ونازع بعضهم في اشتراط ذلك، فجوز نقد الثمن تطوعًا ولو كان الواصف هو البائع، والأول أرجح.

* وأما نقد الثمن بشرط، فإن كان المبيع عقارًا فيجوز بثلاثة شروط:

الشرط الأول: أن يكون البيع على اللزوم، فإن كان على الخيار لم يجز اشتراط نقد الثمن، لأنه يؤدي إلى أن يكون تارة بيعًا إن اختار الإمضاء، وتارة سلفا إن اختار الرد، فتردد بين السلفية والثمنية.

الشرط الثاني: أن يكون الواصف غير بائعه، فإن كان البيع بوصف البائع فلا يجوز اشتراط النقد لتردده أيضًا.

الشرط الثالث: أن لا يبعد جدا، فإن بعد بما يظن فيه التغير قبل إدراكه على صفته لم يجز بيعه على اللزوم كما تقدم، ويجوز بيعه على خيار المشتري عند الرؤية، وعندئذ فلا يجوز اشتراط نقد الثمن فيه، لما علمت أن بيع الخيار لا يجوز النقد فيه ولو تطوعا للتردد المذكور. فإن كان العقار المبيع بعيدا لا جدا فيجوز اشتراط نقد الثمن، لأن شأن العقار أن لا يسرع إليه التغير غالبًا.

* هذا إذا كان المبيع عقارا، **فإن كان غير عقار** - كالثياب والحيوان والحبوب - فيجوز اشتراط النقد فيه بشروط أربعة.

الشرط الأول: أن تقرب غيبته كيومين فأقل، لا أكثر، لأن الشأن عدم التغير في اليومين بعد الرؤية أو الوصف.

الشرط الثاني: أن يكون البيع على اللزوم.

الشرط الثالث: أن يكون الواصف غير البائع إذا كان البيع على الصفة، فإن كان الواصف هو البائع نفسه فلا يجوز نقد الثمن بشرط، لعدم الثقة بوصفه لاحتمال أنه بالغ فيه، فقد لا يكون المبيع كما وصفه فلا يتم البيع، فيكون الثمن المدفوع بشرط مترددًا بين كونه ثمنًا وكونه سلفًا.

الشرط الرابع: أن لا يكون المبيع فيه حق توفية. وما فيه حق توفية لمشتريه هو المثلي من مكيل أو موزون أو معدود، فضمانه على البائع إلى أن يقبضه مشتريه بالكيل أو الوزن أو العد، فيستمر ضمان البائع له، فلا يجوز اشتراط نقد الثمن فيه ما دام المبيع لا يدخل في ضمان المشتري إلا بقبضه، فإن تخلف واحد من هذه الشروط منع اشتراط نقد الثمن.

ويدخل المبيع على الصفة أو برؤية متقدمة في ضمان المشتري بمجرد العقد إن كان عقارًا ولو بيع مذارعة على الراجح، بشرط أن تكون الصفقة أدركت المبيع سالمًا، فإن أدركته معيبا فالضمان من البائع، وكذا إن حصلت منازعة بين البائع والمشتري في أن العقد صادف المبيع سالمًا أو معيبا، باقيا أو هالكًا، فإن القول للمشتري والضمان على البائع، بناء على أن الأصل انتفاء الضمان عن المشتري إلا بأمر محقق هو مصادفة العقد للمبيع سليمًا.

وقال بعضهم: إن العقار إذا بيع مذارعة لم يكن من ضمان المشتري قبل قبضه، لأن فيه حق توفية كغير العقار، وما كان كذلك لا يدخل في ضمان مشتريه بالعقد، وإنما يدخل فيه بالقبض، وقد علمت أن الراجح عدم التفريق في العقار بين ما بيع جزافًا وما بيع مذارعة.

فإن لم يكن المبيع الغائب عقارًا فالضمان من البائع، لأنه إنما يدخل في ضمان المشتري بالقبض، وقبله يكون ضمانه على البائع في غير العقار،

وهذا كله ما لم يشترط المشتري في العقار أن الضمان على البائع وقبله، أو لم يشترط البائع في غير العقار أنه على المشتري وقبله أيضًا، وإلا فيعمل بالشرط.

والخروج لقبض المبيع غائبا على المشتري لا على البائع، واشتراط الخروج للإتيان به على بائعه يفسد العقد إذا كان الضمان من البائع، لأنه لما شرط عليه المشتري الإتيان به صار كوكيله، فانتفى الضمان عنه، لأن الوكيل أمين، فاشتراط الإتيان بالمبيع الغائب على البائع مع كون الضمان منه موجب لفساد العقد، لأنه كالشرط المناقض لمقتضى العقد. أما إذا كان الضمان من المشتري، فيجوز اشتراط الإتيان على بائعه فيكون بيعا وإجارة، ولا شيء في ذلك.

الفصل الرابع

بـــيوع الأمانة

أولا: بيع المرابحة:(1)

تمهيد: حدد الفقه الإسلامي منطقة حراما يفرض فيها على الناس الأمانة في التعامل إلى أبعد مدى، ولا يسمح فيها بأي غش، حتى ليجعل مجرد الكذب فيها خيانة وتدليسًا، وهذه هي ما تسمى ببياعات الأمانة، فيفسح فيها التشريع الإسلامي السبيل لمن قلت خبرته في التعامل، أو في ضرب يقدم عليه من ضروبه، أن يتوقى غش الناس إياه بأن يتابع معهم على حدود مرسومة، فتعتبر مجاوزة هذه الحدود خديعة وتغريرا، وهكذا يتقدم الفقه الإسلامي لمعونة من هو بحاجة إلى الحماية يدفع عنه الأذى ويرفع عنه الغبن.

وجملة القول في بياعات الأمانة هذه أن المبتاع وهو يحتكم إلى ضمير البائع ويطمئن إلى أمانته، يبتاع منه السلعة على أساس الثمن الذي اشترى به البائع نفسه هذه السلعة، فإما أن يزيده فيها قدرًا معلوما من الربح يضاف إلى الثمن الأصلي، ويسمى البيع حينئذ مرابحة، وإما أن ينقصه قدار معلومًا يطرح من الثمن الأصلي ويحمل البائع فيه الخسارة، ويسمى البيع وضيعة، وإما أن لا يزيد ولا ينقص، بل يشتري السلعة بمثل ثمنها الأصلي، ويسمى البيع **تولية** إذا أخذ المشتري كل السلعة، ويسمى **إشراكًا** إذا أخذ جزءًا منها يقابله من الثمن بأن يقول له أشركني فيما اشتريته.

وكلامنا هنا في بيع المرابحة من بياعات الأمانة، لأنه النوع الغالب من هذه العقود، الكثير الوقوع فنقول:

المرابحة في اللغة مصدر من الربح هي الزيادة، وهي في اصطلاح الفقهاء "بيع السلعة بالثمن الذي اشتراها به وزيادة ربح معلوم لهما". فالبائع يذكر للمشتري الثمن الذي اشترى به السلعة ويشترط ربحًا مًا، فهو بيع مرتب ثمنه على ثمن بيع تقدمه.

---

(1) من مراجع هذا البحث: بداية المجتهد جـ 2 ص 161 - 163، والشـرح الكبير مـع حاشـية الـدسوقي جـ 3 ص 159 - 170، والمغني لابن قدامة مع الشرح الكبير جـ 4 ص 102 - 180 .

حكمها: الجواز، بمعنى خلاف الأَوْلى، والمساومة أحب إلى العلماء من المرابحة والمزايدة والاستئمان [1]، لأن بيع المرابحة يعتريه أمانة واسترسال من المشتري، ويحتاج إلى تعيين الحال على وجهه، ولا يؤمن هوى النفس في نوع تأويل، فيكون على خطر وغرر، فتجنب ذلك أسلم وأولى.

ويتعلق ببيع المرابحة مسائل:

المسألة الأولى: فيما يجب على البائع بيانه:

لما كان بيع المرابحة من عقود الأمانة يحتكم فيه المشتري إلى ضمير البائع، ويطمئن إلى أمانته، كان لبيان الثمن الأصلي الذي اشترى به البائع السلعة أهمية بالغة، فهو الأساس الذي تقوم عليه هذه الصفقة، فلا بد من أن يفضي به البائع بكل ما تقتضيه الأمانة ونزاهة التعامل من بيان وتفصيل، فالمشتري إنما يعقد الصفقة على هذا الأساس، فإن اختل البيان انتقضت الصفقة، وهو قد ائتمن البائع ووثق في صدق قوله، لذلك فإن مجرد كذب البائع في الإفضاء بهذا البيان الجوهري يكون غشا وخيانة وتدليسا يزعزع التعامل من أساسه.

ولا يكتفى من البائع ببيان مجمل عن الثمن، لأن معاريض الكلام شبهة، فلا يجوز استعمالها في بيع المرابحة، بل يجب عليه أن يبين كل ما أحاط الثمن من ملابسات، وما اقترن به من أوصاف، فيبين الثمن الذي نقده، والذي عقد عليه، إن اختلف النقد والعقد، فقد يعقد على دنانير وينقد عنها دارهم أو عرضًا، وقد يعقد بعملة مًّا وينقد عنها بعملة أخرى، فلا بد من بيان ذلك عند العقد، ويبين الأجل الذي اشتراه إليه، أو

---

(1) بيع المساومة: هو أن يأتي لرب السلعة ويقول له: بعْ لي هذه السلعة بكذا، ويساومه فيزيد شيئًا فشيئا إلى أن يرضى فيأخذها، ولم يبين له الثمن الذي اشتراها به، وليس هناك من يزيد عليه.

– وأما بيع المزايدة: فهي أن تعطى السلعة للدلال ينادي عليها في السوق، فيعطي زيد فيها عشرة، فيزيد عليه عمرو، وهكذا إلى أن تقف على حد فيأخذها به المشتري.

– وأما بيع الاستئمان: فهو أن تأتى لرب السلعة وتقول له: أنا أجهل ثمنها، بعني كما تبيع للناس. فيقول لك: أنا أبيع لهم بكذا، فتأخذ منه بما قال.

وكل هذه البياعات جائزة، ولكن بيع المساومة أحب إلى العلماء من الجميع، أما بيع **المرابحة** فلكونه يتوقف على بيان أمور كثيرة قد لا يأتي بها البائع على وجهها، **وأما المزايدة** فلما فيه من السوم على سوم الغير إن كان قبل أن يستقر ثمنها، وإلاكان حرامًا، وأما الاستئمان فلما فيه من جهل المشتري للثمن، إذ لا يعرفه إلا من البائع، فلهذا كانت المرابحة والمزايدة والاستئمان خلاف الأَوْلَى.

الأجل المضروب بعد العقد بتراضيهما، إذ الأجل اللاحق كالواقع في العقد، لأن الأجل الذي اشترى عليه له حصة من الثمن، فلا بد من بيانه في بيع المرابحة.

وبالجملة يجب على البائع في المرابحة تبيين ما يكرهه المشتري في ذات المبيع، أو وصفه لو اطلع عليه، كأن يكون الثوب محرقا، أو الحيوان مقطوع عضو، بل ولو لم يكن ما يكرهه المشتري عيبا في ذاته، كثوب مَنْ به حكّة أو جرب، وكبيان طول زمان مكث المبيع عنده ولو عقارا، لأن الناس يرغبون في الذي لم يتقادم عهده في أيديهم، فإن لم يبين ذلك كان غاشا.

وإن اشترى بثمن زائف أو ناقص كله أو بعضه وأراد أن يبيع مرابحة، وجب عليه بيان تجاوز الزائف أو الناقص، أي الرضا به، ولو كان تجاوز الزائف غير معتاد، فإن لم يبين فكذب.

ولو وهب له بعض الثمن وكانت هبة معتادة بين الناس بأن تشبه عطية الناس، وجب بيانه، وتركه كذب، ووجب تبيين أنها ليست بلدية إن كانت الرغبة في البلدية أكثر، وعكس ذلك إن كانت الرغبة في غيرها أكثر، فإن ترك البيان كان غشا، وتبيين أنها من التركة إن كانت الرغبة في غيرها أكثر، وعكس ذلك، أي ليست من التركة إن كانت الرغبة فيها أكثر، فإن لم يبين فغش.

وبيان جذ ثمرة كانت مأبورة وقت الشراء فأخذ ثمرتها وأراد بيع الأصل مرابحة، فإن لم يبين فكذب.

وبيان جز صوف ولو غير تام إذا أراد بيع الغنم مرابحة، لأن لكل من الثمرة المأبورة والصوف حصة من الثمن.

ووجب بيان الركوب للدابة أو السيارة، واللبس للثوب، إن كان ذلك منقصا، فإن لم يبين فكذب.

ووجب بيان التوظيف إن حصل منه توظيف، وهو توزيع الثمن على السلع بالاجتهاد، كأن يشتري مقومًا متعددا كعشرة أثواب متفقة الصفة صفقة واحدة بعشرة دراهم مثلا، ويوظف على كل ثوب منها درهما، فإذا أراد أن يبيع مرابحة فإنه يجب عليه أن يبين ذلك التوظيف منه، لأنه قد يخطئ في توظيفه ويزيد في بعضها لرغبة فيه. ومحل البيان إذا أراد بيع بعض الصفقة، وأما لو أراد بيعها بتمامها صفقة على المرابحة فلا يجب البيان، فإن لم يبين التوظيف حيث باع بعض الصفقة فغش.

ووجوب بيان التوظيف ما لم يكن المبيع من سلم متفق في الصفة كثوبين جنسًا وصفة، فإن كان المبيع من سلم فلا يجب بيان التوزيع لأن آحاده غير مقصودة وإنما المقصود الصفة، ولذا لو استحق منه ثوب مثلا لزم الرجوع بمثله لا بقيمته، بخلاف المبيع في غير السلم فإنه يرجع بقيمته.

ومن اشترى ذاتا كبقرة أو غنم فولدت عنده فإنه لا يبيعها مرابحة حتى يبين ذلك، ولو باع ولدها معها، لأن المشتري يظن أنها اشتريت مع ولدها.

واعلم أنه لا يشترط في بيع المرابحة أن يكون الثمن دنانير أو دارهم، بل يجوز ولو على ثمن مقوم أو موصوف، فمن اشترى سلعة بمقوم كحيوان أو عرض معين أو موصوف جاز أن يبيعها مرابحة بمقوم مماثل للمقوم الأول في صفته، ويزيد المشتري عليه ربحا معلوما، ولا يجوز بيعها مرابحة على قيمة المقوم الذي اشتريت به.

المسألة الثانية: فيما يعد من رأس المال وما لا يعد:

وما للبائع أن يعده من رأس مال السلعة زائدًا على الثمن الذي اشتريت به مما أنفق على السلعة بعد الشراء، منه:

1 - قسم يعد في أصل الثمن ويكون له حظ من الربح، وهو ما كان مؤثرا في عين السلعة، أي له عين قائمة بالسلعة مدركة بإحدى الحواس، كأجرة صبغ وطرز وخياطة وفتل حرير ودق ثوب لتحسينه وعرك جلد ليلين..، فإذا استأجر على ذلك حسب الأجرة وربحها، فإن عمل شيئا من ذلك بنفسه مجانًا فلا يحسب له أجرة ولا ربحا لها.

2 - وقسم يحسبه من رأس المال ولا يجعل له حظا من الربح، وهو ما أنفقه على السلعة وليس له عين قائمة، فيحسب أجرة الفعل الذي زاد في الثمن وليس لأثره عين قائمة، فيعطى للبائع تلك الأجرة مجردة عن الربح، وذلك كأجرة حمل متاع إن كانت تزيد في الثمن، وكراء طي وشد اعتيد أجرتهما، بأن لم تجر العادة أن يتولى ذلك بنفسه، وكذا إذا لم توجد عادة أصلا، فإذا اشترى سلعة بعشرة مثلا واستأجر في حملها بخمسة أو على طيها أو شدها، فإنه يحسب ما خرج من يده فقط دون الربح.

3 - وقسم لا يحتسب فيه الأمرين جميعًا، لا أصل ما زاد ولا ربحه، وذلك ما ليس له تأثير في عين السلعة ويمكن أن يتولاه صاحب السلعة بنفسه، وذلك كحمل المتاع

والطي والشد متى كان الشأن فيها تعاطيها بنفسه، فإذا آجر فيما شأنه أن يتولاه بنفسه فإنه لا يحسب له أجرة ولا يحسب لها ربحًا، وأولى لو تعاطاها بنفسه، وهذا بخلاف الفعل الذي لأثره عين قائمة، فإنه متى أجر عليه حسب الأجرة وربحها، ولو كان شأنه أن يتولى ذلك بنفسه، والفرق أن ما لا عين له قائمة لا يقوى قوة ما له عين قائمة.

وكذا إذا لم يكن كراء البيت للسلعة خاصة بل لها ولصاحبها، فلا يحسب أجرة البيت ولا ربحها، كانت السلعة تابعة أم لا.

وأما السمسار، فإن جرت العادة أن لا يشتري السلعة إلا بواسطة، حسبت الأجرة دون ربحه على المعتمد، وإن لم يعتد السمسار بأن كان من الناس من يتولى الشراء بنفسه دونه ففيه ثلاثة أقوال: قيل تحسب أجرته وربحها، وقيل لا يحسبان أصلا، فلا يحسب ما أخذه السمسار ولا ربحه، وقيل تحسب أجرته دون ربحها، والمعتمد الثاني، فلا يحسب لا أجرته ولا ربحها، هذا تحصيل مذهب مالك.

وقال أبو حنيفة: يحمل على السلعة كل ما أنفقه عليها بما جرت به عادة التجار، سواء كان عينًا قائمة بذات المبيع، كصبغ الثوب وخياطته وطرزه، وفتل الصوف والقطن وغزلهما، وحفر المساقي، أو كان خارجا عن المبيع غير قائم به، كأجرة حمله وإطعام الحيوان وأجرة السمسار، فمذهبه فيما يضم إلى الثمن أوسع من مذهب مالك.

وشدّد أبو ثور وقال: لا تجوز المرابحة إلا بالثمن الذي اشترى به السلعة فقط إلا أن يفصل، قال: فإن وقع فسخ لأنه كذب، إذ هو يقول له ثمن سلعتي كذا وكذا، وليس الأمر كذلك.

المسألة الثالثة: في أوجه جواز المرابحة:

ويجوز بيع المرابحة بأوجه:

الوجه الأول: أن يبين البائع ما شأنه أن يحسب أصله وربحه، أو أصله دون ربحه. فالأول كالثمن وأجرة الصبغ والطرز والخياطة والفتل ودق الثوب، والثاني أي ما يحسب أصله دون ربحه كأجرة الحمل والشد والطي، وأن يبين ما شأنه أنه لا يحسب لا أصله ولا ربحه، كأجرة السمسار وأجرة الصبغ وما ذكر معه، إذا عمل بنفسه أو عمل له مجانًا، فلا يحسب له أجرة ولا ربحًا لها كما تقدم، يبين ذلك كله البائع كأن يقول: اشتريتها بكذا، ودفعت أجرة الصبغ كذا، وأجرة الخياطة كذا، وأجرة الطرز كذا،

وأجرة الحمل كذا، وأجرة الطي والشد كذا، وأجرة السمسار كذا، ويشترط ضرب الربح على جميع ذلك.

الوجه الثاني أن يبين ما شأنه أن يحسب ويربح له، كالثمن وأجرة الصبغ والطرز والخياطة والفتل ودق الثوب وعرك الجلد ليلين، ويبين أيضًا ما شأنه أنه لا يربح له، كأجرة الحمل والطي والشد وكراء البيت لخصوص السلعة، كما يبين ما شأنه أنه لا يحسب أصلا كأجرة الدلال غير المعتاد، ويضرب الربح على ما يربح فقط، أو يضرب على شيء معين يشترطه، فيعمل بذلك الشرط، فحاصل هذا الوجه أنه يبين جميع ما غرمه على السلعة، ويشترط ضرب الربح على شيء معين، سواء كان ما يربح له أو لا يربح.

هذا وجريان العرف بضرب الربح على الجميع - كما هو في الوجه الأول - أو ضربه على ما يربح له فقط - كما هو الوجه الثاني - يعتبر بمثابة اشتراط البائع ذلك على المشتري في العمل به ولزومه، لأن المعروف عرفا كالمشروط شرطًا.

ويتضح مما تقدم أن تسمية الثمن وتسمية كل ما أنفقه على السلعة، سواء كان ما له عين قائمة أم لا ابتداءً شرط في جواز بيع المرابحة، فإن لم يبين ذلك ابتداءً فإن العقد يقع فاسدًا لجهل المشتري بالثمن.

الوجه الثالث أن يُجْمِلَ ابتداء ولا يبين الجميع ثم يفسر المؤونة بعد ذلك، كأن يقول: هي بمائة إجمالا، أصلها كذا كثمانين، وحملها كذا كعشرة، وصبغها خمسة، وقصرها ثلاثة، وشدها واحد، وطيّها واحد، ولم يبين ما يربح له وما لا يربح له، ولا كون الربح يضرب على جميع ما بيَّنَهُ أو على بعضه، وعندئذ ينفض الربح المشروط على ما شأنه أن يحسب ويربح، ويسقط عن المشتري ما شأنه أن لا يحسب، فلا يحسب عليه من الثمن الذي يشتري به، وذلك كأجرة الدلال غير المعتاد، وقيمة الصبغ الذي من عند البائع، وأجرته إن تعاطاه بنفسه، وأما ما شأنه أن يحسب ولا يربح له، فلا ينفض عليه الربح، ولكن لا يسقط عن المشتري.

ومن الإجمال ثم التفسير قوله: أبيع على المرابحة العشرة أحد عشر، ثم يبين الثمن والكلف، ولا يبين كون الربح على جميع ما بينه ولا على بعض معين، فيصح، وينفض الربح على ما يحسب ويربح، ويسقط عن المشتري ما شأنه أن لا يحسب.

ويتضح مما تقدم أنه لا بد من تسمية الثمن وجميع ما أنفقه على السلعة في حالة ما إذا أجمل، ثم يفسر كما هو الشأن في الوجهين السابقين.

المسألة الرابعة: في حكم غلط البائع وكذبه وغشه:

البائع عند البيان قد يغلط وقد يكذب وقد يغش وقد يدلس، وإليك أحكام هذه الحالات في المرابحة:

أولا: الغلط: فإن غلط بنقص في الثمن بأن قال للمشتري: رأس مالي فيه مائة وأربع عشرة، ثم قال: غلطت بل رأس مالي مائة وعشرة، فإن صدّقه المشتري في ذلك أو ثبت بالبينة، فللمشتري الخيار بين رد السلعة وأخذ ثمنه، أو أن يمضي البيع ويدفع ما تبين أنه ثمن صحيح وربحه في حساب ما أربح للثمن الذي غلط فيه، وإنما كان الخيار للمشتري لأن خيرته تنفي ضرر البائع له، حيث يدفع له الثمن الصحيح وربحه، مع أن البائع عنده نوع تفريط، حيث لم يتثبت في أمره، وهذا إن كانت السلعة قائمة ولم تفت.

فإن فاتت بنماء أو نقص، لا بحوالة سوق، خير مشتريه أيضًا - كما ثبت له الخيار في حال قيام السلعة - بين دفع الثمن الصحيح وربحه، أو دفع قيمته في المقوم ومثله في المثلي يوم بيعه لا يوم قبضه، لأن العقد صحيح، وهذا ما لم تنقص القيمة عن الثمن الغلط وربحه، فلا ينقص عنهما لأنه قد رضي بدفع الغلط وربحه، ومعلوم أن الثمن الغلط وربحه أقل من الثمن الصحيح وربحه، والعاقل إذا خير بين دفع أحد أمرين إنما يختار دفع أقلهما، فيتعين دفعه الغلط وربحه حيث نقصت القيمة عنهما، هذا مذهب مالك وأصحابه.

ومن الفقهاء من لم يثبت الخيار للمشتري إذا أقام البائع بينة تشهد أن رأس ماله ما قاله ثانيا، ومنهم من قال: القول قول البائع ولو لم يقم البينة وعليه اليمين، لأن المشتري لما دخل معه في المرابحة فقد ائتمنه، والقول قول الأمين مع يمينه، كالوكيل والمضارب، وهذا مردود، لأن كون البائع مؤتمنا لا يوجب قبول دعواه في الغلط، كالمضارب إذا أقر بربح ثم قال غلطت.

وهناك قول رابع في المسالة، هو أنه لا يقبل قول البائع وإن أقام بينة إلا أن يصدقه المشتري، وهو قول الشافعي ورواية عن أحمد، قالوا: لأنه أقر بالثمن وتعلق به حق الغير، فلا يقبل رجوعه وإن أقام بينة لإقراره بكذبها.

وأجيب بأن البينة العادلة إذا شهدت ما يحتمل الصدق وجب قبولها، ولا نسلم أنه أقر بكذبها، فإن الإقرار يكون لمصلحة غير المقر، وهو حالة إخباره بثمنها عند العقد لم يكن عليه حق لغيره، فلم يكن إقرارًا.

ثانيا: الكذب: وإن كذب البائع فزاد في إخباره على ما هو ثمنه في الواقع، كأن يخبر أنه اشتراها مثلا بخمسين وقد اشترى بأربعين، أو يترك عند البيع بيان تجاوز الزائف أي الرضا به، أو بيان الركوب أو اللبس، أو قبول الناقص، أو هبة اعتيدت، أو جز الصوف التام أو الثمرة المؤبرة، فكل ذلك عدوه من الكذب، سواء كان عمدًا أو خطأً.

فحكمه لزوم البيع للمشتري، إن حط البائع الزائد المكذوب به وربحه، وحجة هذا القول هو أن المشتري إنما أربحه على ما ابتاع به السلعة لا غير ذلك، فلما ظهر خلاف ما قال البائع وجب أن يرجع إلى الذي ظهر منه عند العقد، كما لو أخذ شيئا بكيل معلوم، فخرج بغير ذلك الكيل أنه يلزمه توفية ذلك الكيل الذي أخذ به أولا، فإن أبى البائع أن يحط عنه الزائد المكذوب به لم يلزم البيع المشتري، بل يخير بين التماسك بجميع ما دفع من الثمن أو يفسخ ويأخذ ثمنه من البائع.

وذهب بعض الأئمة إلى أن المشتري بالخيار على الإطلاق، فلا يلزمه البيع ولو حط عنه البائع الزائد المكذوب به، لأن الكذب هنا يشبه العيب، فكما يوجب العيب الخيار كذلك يوجب الكذب.

هذا إذا كانت السلعة قائمة لم تفت، فإن فاتت بنماء أو نقص أو حوالة سوق خير المشتري بين دفع الثمن الصحيح وربحه أو قيمتها يوم قبضها ولا ربح عليها، ما لم تزد القيمة على الكذب وربحه، فإن زادت خير بين دفع الصحيح وربحه أو الكذب وربحه.

ثالثا: الغش: عرفه ابن عرفة فقال: الغش أن يوهم وجود مفقود مقصود وجوده في المبيع، أو يكتم بيان موجود مقصود فقده منه. مثاله أن تبيع سلعة ورثتها، وتوهم أنك اشتريتها، فقد أوهمت وجود مفقود وهو شراؤها، وكونه اشتراها في بيعها مرابحة مقصود للمشتري، ومن ذلك أيضًا أن يكتب على السلعة ثمنًا أكثر مما اشتراها به، كأن يشتريها بثمانية ويرقم عليها عشرة ويبيعها مرابحة على الثمانية ليوهم المشتري أنه غلط على نفسه، ومنه نفخ اللحم لإيهام أنه سمين ونحو ذلك، ففي كل ذلك إيهام وجود مفقود مقصود وجوده في البيع.

ومثال صورة الكتم أن يشتري سلعة وتطول إقامتها عنده، ثم يبيعها مرابحة ولم يبين طول إقامتها عنده، فهذا قد كتم بيان موجود هو طول إقامتها عنده، وفقده مقصود، لأن الناس يرغبون في الذي لم يتقادم عهده في أيديهم، ومثل ذلك كتم كونها بلدية أو أنها من التركة وإرث البعض، لأن ذلك كله كتم بيان موجود مقصود فقده.

وحكم الغش إذا وقع: فإن البيع لا يلزم المشتري وإن حط عنه البائع ما غش به، فهو مخير في حالة الغش إذا كانت السلعة قائمة، بين أن يتماسك بجميع الثمن وربحه، أو يرد السلعة على البائع ويرجع بثمنه، فحالة الغش تختلف عن حالة الكذب من حيث إن البيع يلزم المشتري في حالة وقوع الكذب إذا حط عنه البائع الزائد المكذوب به - كما تقدم - أما حالة الغش فالمشتري مخير منذ البداية، وإن حط عنه البائع ما غش به عنه.

هذا كله عند قيام السلعة، فإن فاتت ولو بحوالة الأسواق لزم المشتري الأقل من الثمن والقيمة يوم قبضها، وإنما اعتبرت القيمة في الكذب والغش بيوم القبض، وفي الغلط بيوم البيع - كما تقدم - لأن الكذب والغش أشبه بفساد البيع من حالة الغلط، والقاعدة أن الضمان في الفساد بالقبض.

رابعا: التدليس: المدلس هو الذي يعلم أن بالسلعة عيبًا ويكتمه، ومدلس بيع المرابحة كالمدلس في غيرها، في أن المشتري بالخيار بين الرد ولا شيء عليه، والتماسك ولا شيء له، إلا أن يدخل عنده عيب في السلعة، فإن حدث بها عيب عنده بعد قبضها، فإما أن يكون العيب الحادث قليلا جدًّا أو متوسطًا أو مفيتًا للمقصود، فما قيل في بيع المساومة يأتي هنا في بيع المرابحة، وعليه، فإن كان العيب الحادث عند المشتري مرابحة يسيرًا كان بمنزلة العدم لا يمنع من ثبوت الخيار له، وإن كان متوسطًا خير، إما أن يرد السلعة ويدفع أرش العيب الحادث، أو يتماسك ويأخذ أرش العيب القديم، وإن كان العيب الحادث مفوتًا للمقصود من السلعة، تعين على المشترى بالمرابحة التماسك وأخذ أرش العيب القديم.

ثانيا: التولية والشركة:

أما التولية:

فهي تصيير مشترٍ ما اشتراه لغير بائعه بثمنه، وهي جائزة ولو في الطعام قبل قبضه، لكونه من باب المعروف كالقرض فتسومح فيها، فإذا طلب منك شخص تولية ما

اشتريت من سلعة بما اشتريت من ثمن ولم تبين له الثمن ولا المثمن وكان بصيغة التولية لا بصيغة البيع جاز ذلك - لأنه من المعروف - إن لم تلزمه البيع، بأن شرطت له الخيار أو سكت، وله الخيار إذا رأى المبيع وعلم ثمنه، فلو ألزمته البيع وعدم الخيار لم يجز، لما فيه من الخطر وشدة الجهالة فيفسد البيع، وإن علم حين التولية بأحد العوضين الثمن أو المثمن، ثم علم بالآخر فكره البيع وأراد رده فله ذلك.

والتولية إن كانت في الطعام قبل قبضه يشترط لصحتها شرطان:

الشرط الأوّل: استواء العقدين: عقد المولي بالكسر، والمولى بالفتح، في قدر الثمن وأجله، أو حلوله وفي الرهن والحميل إن كان، فإن اشترى المولي بثمن مؤجل لزمه أن يكون عقد التولية كذلك بأجل، وهكذا الأمر في الرهن والحميل، فلو كان أحد العقدين مؤجلا والآخر حالا، أو كان أحدهما برهن والآخر من دونه، لم يصح.

وهذا إذا كانت التولية في الطعام قبل قبضه كما قلنا، أما إذا كانت في الطعام بعد قبضه، أو كانت في غير الطعام مطلقًا قبل القبض أو بعده، فلا يشترط استواء العقد، بل يجوز أن يكون أحدهما حالا والآخر مؤجلا، أو يكون أحدهما برهن أو حميل والآخر من دون ذلك، صح العقد.

الشرط الآخر: كون الثمن عينا، فإن كان عرضا منعت التولية لاختلاف العقدين لعدم انضباط العرضين في القيمة، وإن كان الثمن مكيلا أو موزونا منعت التولية أيضًا، لأنها في الطعام قبل قبضه رخصة والرخصة يقتصر فيها على ما ورد، وأجازها بعضهم.

فإن اختل شرط، بأن اختلف العقدان في الحلول والتأجيل، أو كان الثمن فيهما غير عين، كان بيعا مؤتنفا كسائر البيوع، يشترط فيه شروطه وانتفاء موانعه كعدم القبض، وتبطل الرخصة في الطعام قبل قبضه، لا بعده ولا على غير طعام.

وأما الشركة:

فالمراد بها هنا: جعل مشترٍ قدرا لغير بائعه باختياره مما اشتراه لنفسه بمنابه من ثمنه. وإنما قيل "هنا" احترازًا عن الشركة المترجم عنها "بكتاب الشركة" أي أن المراد بالشركة هنا التي في مبحث التولية.

فإذا اشترى شخص شيئًا، فقال له رجل: أشركني في نصفه بنصف الثمن، فقال له: أشركتك، صح وصار شركا بينهما، ولو قال: أشركني فيه، فقال : أشركتك، ولم يذكر

الثمن، صح، لأن الشركة تقتضي ابتياع جزء منه بقسطه من الثمن، وهي جائزة بل هي من المعروف كالقرض فتسومح فيها.

وأصل مشروعية هذا العقد ما رواه البخاري عن زهرة بن معبد أنه «كان يخرج به جده عبد الله بن هشام إلى السوق فيشتري الطعام، فيلقاه ابن عمر وابن الزبير فيقولان له: أشركنا، فإن النبي ﷺ دعا لك بالبركة، فيشركهم، فربما أصاب الراحلة كما هي فبعث بها إلى المنزل».

ويشترط لصحتها شروط إذا كانت في الطعام قبل قبضه:

أحدها: أن لا يشترط المشرِك - بالكسر - على المشرَك - بالفتح - في صلب العقد أن ينقد عنه الثمن، فإذا شرطت أن ينقد من شركته عنك الثمن الذي اشتريت به ودَفْعَ الثمن كله، فقد سلفك نصف الثمن، ونصف الثمن الآخر بيع، فقد اجتمع البيع والسلف، وهو لا يجوز .

ثانيها: استواء العقدين في قدر الثمن، وأجله أو حلوله، وفي الرهن والحميل، إن كان، وهذا الشرط في الطعام إذا بيع قبل قبضه، وأما إن كانت في الطعام بعد قبضه أو كانت في غير الطعام مطلقًا، قبل القبض وبعده، فلا يشترط هذا الشرط.

ثالثها: أن يكون الثمن عينا، فإن كان عرضًا منع لاختلاف العقدين لعدم انضباط العرضين في القيمة، وإن كان الثمن موزونًا أو مكيلا منع عند ابن القاسم، لأنها في الطعام قبل قبضه رخصة، والرخصة يقتصر فيها، على ما ورد فلا يتوسع فيها، وأجازها أشهب.

فإن اختل شرط مما ذكر بأن اشترط المشرك - بالكسر - أن ينقد عنه من طلب شركته، أو اختلف العقدان في قدر الثمن، وأجله أو حلوله، وفي رهنه أو حميله، أو كان الثمن غير عين، كانت الشركة عندئذ بيعًا مؤتنفًا كسائر البيوع، فيعتبر فيه شروطه وانتفاء موانعه، وتبطل الرخصة في الطعام قبل قبضه، بخلاف الطعام بعد القبض وكذا غير الطعام، فلا تبطل الشركة ببطلان تلك الشروط، لأنها شروط خاصة فيما اشتري من الطعام قبل قبضه. وهذا ما عدا اشتراط عدم النقد عنه، لأن علة اشتراط عدم نقد الثمن هي اجتماع بيع وسلف، وذلك ليس خاصا في الطعام قبل قبضه، بل هو شرط في الطعام وغير الطعام.

وإذا اشتريت شيئا وطلب منك إنسان أن تشركه فيه، وأشركته بأن قلت له: أشركتك، حمل التشريك عند الإطلاق على النصف، فيقضى له به، وإن قيدت الشركة بشيء من ثلث أو غيره فالأمر ظاهر، وإن سألهما شخص ثالث وقال لهما: أشركاني، فقالا له: أشركناك، واتفق نصيبهما بأن صار لكل منهما النصف، فله الثلث عند الإطلاق، فإن اختلف نصيبهما، كما لو كانا شريكين بالثلث والثلثين، فإذا قالا له: أشركناك، كان له نصف الثلث ونصف الثلثين، وحينئذ فيكون له النصف، وللأول السدس، وللثاني الثلث، وإن سألهم رابع فله الربع، وهكذا، هذا إذا سألهم معا بمجلس واحد، ولو سأل كل واحد على حدته فأجابه، لكان له نصف نصيب من أجابه قل أو كثر، وكذا إذا اختلفت الأنصباء.

الفصل الخامس

الشروط في البيع[1]

كل عقد من العقود له أحكامه ونتائجه المترتبة عليه، ولا نزاع بين الناس في أن العقد ينشأ ويوجد بإرادة العاقدين متى صدر عنهما ما يدل على ذلك، ولكن ترتيب النتائج إنما يكون بإيجاب الشارع ولا دخل للمتعاقدين في إنشائها، فهو الذي شرع العقود ونظم آثارها ورتبها عليها، حيث جعل كل عقد طريقًا إلى تحقيق أغراض معينة

وآراء الفقهاء تكاد تتفق على أن العقود أسباب جعلية وضعها الشارع ليتوصل بها إلى مسبباتها التي أوجبها وجعلها آثارًا لها، ذلك أن وضع الأسباب يستلزم قصد الواضع إلى المسببات، إذ الأسباب لم تكن أسبابا لأنفسها من حيث هي، بل من حيث ينشأ عنها أمور أخر، وإذا كان كذلك، لزم من القصد إلى وضع العقود أسبابا القصد إلى ما ينشأ عنها من المسببات التي تحقق أغراضًا معينة لكل عقد.

وبناء على ذلك فإن الصيغة إذا صدرت من المتعاقدين مطلقة من القيود سليمة من العيوب ترتبت عليها نتائجها وآثارها التي حددها الشارع، ولا يستطيع واحد منهما أن يمنع من ترتب تلك النتائج كلها أو بعضها، فإذا قال شخص لآخر: بعت لك هذه الدار أو هذه السيارة بكذا، وقال الآخر: قبلت، ففي هذه اللحظة تنتقل ملكية الدار أو السيارة للمشتري، يتصرف بالمبيع كيف يشاء، ويجب على البائع تسليمها له إذا سلمه المشتري الثمن، وكذا الحكم بالنسبة إلى الثمن، وليس لواحد منهما بعد ذلك أن يزيد في هذه الآثار أو ينقص منها.

ولكن في بعض الحالات يجد المتعاقدان أن هذه النتائج في جملتها غير محققة لأغراضها المطلوبة منها، فيضطران إلى التغيير إما بالزيادة أو بالنقص في أثناء العقد، فيزيد أحدهما في الصيغة قيدًا على هيئة شرط يقبله الآخر، فيحد من أثر الصيغة الأصلية بالنسبة إلى أحد المتعاقدين لحساب الآخر.

---

1 - من مراجع هذا البحث:

بداية المجتهد ج 2 - ص 120 - 124، والشرح الكبير مع المغني لابن قدامة ج 4 - ص 48 - 61، والمدخل: التعريف بالفقه الإسلامي لمحمد مصطفى شلبي، ص 475 - 483.

وهذه الرغبات يظهرها المتعاقدان أثناء العقد على هيئة قيود أو شروط، غير أن الشارع لم يترك تلك الرغبات تسير حسب أهواء المتعاقدين وشهواتهم حتى لا يختل بذلك نظام التعامل، ويسهل تبديل المشروعات ، بل لاحظها وعني بها، فأباح لهم من الشروط أنواعا تحقق رغباتهم، ولا تتنافى مع مقتضيات العقود الأصلية، لأن تعليق العقود والالتزامات بالشرط أمر قد تدعو إليه الضرورة أو الحاجة أو المصلحة، فلا يستغني عنه المكلف في المعاملات غالبًا، ولكنه منعهم من الشروط والقيود التي تعود على أصل العقد بالنقض، أو تتنافى مع قواعد الشريعة وأصولها.

جاءت إباحة الشروط والقيود في العقود في جملة نصوص من كتاب الله وسنة الرسول ﷺ، فالقرآن يوجب الوفاء بالعقود: ﴿يَا أَيُّهَا الذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالعُقُودِ﴾[1]، كما أوجب الوفاء بالعهود: ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ العَهْدَ كَانَ مَسْئُولاً﴾[2]، والشرط الجائز عهد يلتزم به أحد المتعاقدين للآخر، والاتفاق عليه والرضا به عقد وارتباط بين الطرفين، فيكون مأمورًا بالوفاء، وصح تعليق النظر، أي إمهال المعسر إلى الميسرة بالشرط، بنص الكتاب والإجماع، ﴿وَإِنْ كَانَ ذُوعُسْرَةٍ فَنَظِرةٌ إِلَى مَيْسُرَةٍ﴾[3].

وفي السنّة القولية يقول الرسول ﷺ: «المُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ إِلاَّ شَرْطًا أَحَلَّ حَرَامًا أَوْ حَرَّمَ حَلاَلاً»، وفي السنّة العملية قال جابر بن عبد الله: «إبتاع مني رسول الله ﷺ بعيرًا وشرط ظهره إلى المدينة، أي شرط له حق ركوبه بعد البيع حتى يصل إلى المدينة.

وفي مقابل هذه النصوص المبيحة للشروط في البيع جاءت نصوص أخرى تمنع الشرط في البيع أو تقيد مشروعيته، من ذلك قوله ﷺ: «مَا كَانَ مِنَ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَهُوَ بَاطِلٌ، وَإِنْ كَانَ مِائَةَ شَرْطٍ»، وروى بعض أصحاب السنن أنه ﷺ «نهى عن بيع وشرط»، وروي أيضًا أن عبد الله بن مسعود اشترى جارية من امرأته زينب الثقفية، وشرطت عليه أنك إن بعتها فهي لي بالثمن الذي تبيعها به، فسأل عبد الله عن ذلك عمر رضي الله عنه، فقال: «لاَ تَقْرُبْهَا وَفِيهَا شَرْطٌ لِأَحَدٍ»، رواه مالك والبيهقي.

هذه جملة نصوص تفيد في مجموعها أن الشروط العقدية نوعان: مباح واجب الوفاء به، وآخر غير مباح منهي عنه، ولكن هذه النصوص لم تبين الحد الفاصل بين

(1) سورة المائدة، الآية 1.

(2) سورة الإسراء، الآية 34.

(3) سورة البقرة، الآية 280.

النوعين بيانًا قاطعا، ومن هنا اختلفت الاجتهادات الفقهية في مدى مشروعية الشروط في البيع.

1 - فمن الفقهاء: من تمسك بظاهر بعض النصوص الواردة في ذلك ووقف عندها، لا يبيح للعاقدين شيئًا من الشروط، ولا يجعل للاشتراط في العقود قيمة ولاحرمة إلا إذا ورد بالشرط دليل خاص، وهؤلاء هم الظاهرية، تمسكوا بظاهر حديث: «كُلُّ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَهُوَ بَاطِلٌ، وَلَوْ كَانَ مِائَةَ شَرْطٍ، قَضَاءُ اللَّهِ أَحَقُّ، وَشَرْطُ اللَّهِ أَوْثَقُ»

2 - وعلى عكس ذلك نجد فريقا آخر من الفقهاء يذهب إلى أن للمتعاقدين الحرية التامة في الاشتراط حسبما يتفق وأغراضهم، ولكن بشرط أن لا يكون منهيا عنه بنص خاص، أو يعود على أصل العقد بالنقض والإلغاء، وهذا مسلك الحنابلة، أو الراجح عندهم، مستندين لظاهر قوله عليه الصلاة والسلام: «الْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ، إِلاَّ شَرْطًا أَحَلَّ حَرَامًا أَوْ حَرَّمَ حَلاَلاً»، فإنه يفيد بظاهره أن الأصل إباحة الشروط في العقود كما يقتضيه الاستثناء.

3 - وبين المذهبين السابقين نجد جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية يتوسطون في الأمر فلا يشترطون في الإباحة ورود نص خاص كما ذهب إليه الفريق الأول، ولا يجعلون الأصل في الشروط الإباحة كما ذهب الفريق الثاني، بل يميلون إلى أن الأصل في الشروط في العقود هو الحظر، واستثنوا بعضها، ولكنهم توسعوا في الاستثناء.

ولكن مع هذا الاختلاف نجد اتفاقا بينهم على أن الشروط المشروعة يجب الوفاء بها، والشروط غير المشروعة لاغية لا يجب الوفاء بها، ولكن بعضها يقتصر فساده على نفسه فيصح العقد معه ويلغى الشرط، والبعض الآخر يتعدى فساده إلى العقد فيفسد هو الآخر، وهذا إجمال في المسألة لا يغني عن التفصيل.

ولتفصيل الآراء في المسألة نقول: الشرط في البيع: منه ما هو متفق على صحته، ومنه ما هو متفق غلى فساده، ومنه ما هو مختلف فيه.

أولا: الشرط الصحيح باتفاق الأئمة:

1 - الشرط الذي هو من مقتضى العقد، بأن باعه بشرط تسليم المبيع للمشتري، أو رده إذا وجد به عيبا، أو بشرط انتفاع المشتري بالمبيع كيف شاء، وشبه ذلك، فهذا النوع من الشروط لا يؤثر في العقد فلا يبطله، فإن هذه الشروط لم تثبت شيئًا زائدًا غير

ما يقتضيه العقد ويوجبه، لأنها بيان وتوكيد لمقتضى العقد، فوجودها كعدمها لكون مضمونها ثابتًا واجب الوفاء به حتى ولو لم يشترطه أحد المتعاقدين.

غير أن اعتبار هذا النوع من ضمن الشروط ليس كما ينبغي، لأن الكلام في شروط تثبت شيئًا زائدًا على ما يقتضيه العقد أو تنقص منه، ومضمون هذه الشروط هو بعينه ما يوجبه العقد.

2 - أن يشترط ما لا يقتضيه إطلاق العقد لكن فيه مصلحة للعاقد، فيصح العقد والشرط، كاشتراط صفة في الثمن، كتقديم الرهن أو الكفيل أو الشهادة عند تأجيله، وكاشتراط وصف مرغوب فيه في المبيع مقصودٍ، كاشتراط كون الأرض لها شرب أو مصرف، وكون الدابة هملاجة أو الفهد صيودًا، فهذا وأمثاله شرط صحيح يلزم الوفاء به، فإن لم يف به فلصاحب الخيار الفسخ والرجوع، كما له الرضا به، لأنه شَرَطَ وصفًا مرغوبا فيه فصار الوصف مستحقًّا، لقوله ﷺ: «المُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ إِلاَّ شَرْطًا أَحَلَّ حَرَامًا أَوْ حَرَّمَ حَلاَلاً»، وهذه الشروط ليس فيها تحليل حرام أو تحريم حلال، بل فيها ما يحقق رغبة العاقد ورضاه بالعقد، فهي كالتأكيد لمقتضى العقد.

3 - الشرط الذي ورد الشرع بجوازه، كاشتراط الخيار لكل من المتبايعين، واختيار تأجيل الثمن.

4 - ومن الشرط الصحيح في البيع عند أكثر الأئمة: الشرط الذي جرى به العرف، مثل اشتراط المشتري على البائع أن يتعهد بإصلاح الشيء الذي اشتراه منه مدة معينة من الزمان، كالسيارة والمذياع والأدوات الكهربائية والساعة وغيرها، إذا جرى العرف بذلك، وكاشتراط حمل السلعة إلى مكان المشتري، وقس على هذا، إذ «المَعْرُوفُ عُرْفًا كَالْمَشْرُوطِ شَرْطًا»، و«العَادَةُ مُحَكَّمَةٌ». قال القرافي: «فمهما تجدَّد العُرف اعتبره، ومهما سقط أسقطه، ولا تجمد على المسطور في الكتب طول عمرك، بل إذا جاءك رجل من غير أهل إقليمك يستفتيك لا تجره على عرف بلدك، واسأل عن عُرْف بلده، وأجْرِهِ عليه وأفته به دون عرف بلدك والمقرر في كتبك» إلخ[1]... فإذا كان الشيء عيبا في الثياب مثلا في عرف، رددنا به المبيع، فإذا تغيرت العادة وصار ذلك المكروه محبوبًا موجبًا لزيادة الثمن لم نرد به المبيع جريا على تغير العرف. وبهذا القانون تعتبر جميع

---

(1) الفرق للقرافي ج 1 - الفرق 28 . وتهذيب الفروق ج 1 ص 191 - على هامش الفروق

الأحكام المترتبة على العوائد، وهذا تحقيق مجمع عليه بين العلماء لا خلاف فيه بينهم، نعم، قد يقع الخلاف بينهم في تحقيقه في حادثة مّا، هل وجد أم لا؟

غير أن العرف الصحيح الذي يكون شرطا في العقود: هو الذي لا يخالف قواعد الشريعة.

وأن لا يكون معطلا لنص أو مناقضا لأصل شرعي قطعي، لأن في اعتبار عرف معطل لنص الشريعة أو مناقض لأصل قطعي، إهدارًا للنص ونقضا للتكاليف كلها، ﴿وَلَوِ اتَّبَعَ الحَقُّ أَهْوَاءَهُمْ لَفَسَدَتِ السَّمَـٰوَاتُ وَالأَرْضُ وَمَنْ فِيهِنَّ﴾[1].

وأن لا يعارض العرفَ تصريحٌ في العقد بخلافه، لأن العرف لا يلجأ إليه إلا إذا لم يوجد ما يفيد مقصود العاقدين صراحة، فيقدم ما شرطاه على العرف، فإذا سكتا كان ذلك إحالة على العرف فيعتبر.

وأن يكون ذلك العرف موجودًا عند إنشاء التصرف، فلو أنشأ شخصان تصرفا من التصرفات كالبيع، ثم ثار نزاع بينهما، فإن العرف الذي يحكّم في هذا النزاع ويجعل فيصلاً له هو العرف الذي كان موجودًا عند إنشاء ذلك التصرف لا ما حدث بعد ذلك.

وأخيرًا، يشترط أن يكون مطردا أو غالبًا، فلو كانوا يتعاملون به في بعض الحوادث دون بعض لا يعتبر، لتعارض العمل والترك.

ثانيا: الشرط الفاسد المتفق عليه وحكمه:

اتفق الأئمة على بطلان الشرط في البيع إذا كان مما لا يقتضيه العقد وهو ينافي المقصود منه، بأن باعه شيئًا بشرط أن لا يبيعه ولا ينتفع به، أو لا يهبه، أو لا يؤجره، أو لا يقبضه، أو لا يسافر به، أو لا يسلمه إليه، أو شرط على صاحبه عقدًا آخر، بأن باعه بشرط أن يقرضه، أو باعه بشرط أن يبيعه غيره، أو يشتري منه، أو يؤجره شيئًا، أو أنه إذا باعه لا يبيعه إلا له، وما أشبه ذلك. فهذا النوع من الشروط باطل لقوله ﷺ: «مَا كَانَ مِنْ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَهُوَ بَاطِلٌ، وَإِنْ كَانَ مِائَةَ شَرْطٍ»، قال ذلك في قصة بريرة حين اشترتها عائشة، وشرط أهل الجارية أن يكون الولاء لهم، فأنكر النبي ﷺ عليهم هذا الشرط، فقد نص في الحديث على بطلان هذا الشرط، وقسنا عليه سائر الشروط

(1) سورة المؤمنون، الآية 71.

التي تنافي مقتضى العقد، لأنها في معناه، ولأنه ﷺ نهى عن بيعتين في بيعة، ونهى عن البيع والسلف، فقال: «لاَ يَحِلُّ بَيْعٌ وَسَلَفٌ»، والنهي يقتضي الفساد، وفساد الشرط المنافي لمقتضى العقد هو قول عامة الفقهاء، إلا ما نقل عن بعض التابعين. وإذا قلنا إن هذا الشرط باطل، فهل يبطل البيع أيضًا كما يبطل الشرط، أم يبطل الشرط وحده ويصح البيع، أم يصح كل منهما؟ في ذلك خلاف ومذاهب:

المذهب الأول:

إن من باع شيئًا بشرط ينافي مقتضاه، بأن شرط أن لا يبيعه أو لا ينتفع به، إلخ... أو شرط أحدهما على صاحبه عقدا آخر، كقرض أو بيع أو إجارة، أو لا يبيعه لغيره، وما أشبه ذلك، فإن هذا الشرط باطل، وكذا البيع، فيتعدى فساد الشرط إلى العقد فيفسد هو الآخر، وهذا مذهب جمهور الأئمة: أبي حنيفة، ومالك، والشافعي، والأوزاعي، وهو رواية عن أحمد.

استدلوا على ذلك:

أولا: بالحديث السابق: «مَا كَانَ مِنْ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَهُوَ بَاطِلٌ»، فإنه صريح في بطلان الشرط، لأن الشرط إذا فسد وجب الرجوع بما نقصه إلغاء الشرط من الثمن، لأنه إنما رضي بالعقد مع الشرط، فإذا فسد الشرط فمن حقه أن يطالب بما نقص من الثمن بسبب بطلان الشرط، وذلك قدر مجهول، فيصير الثمن مجهولا، وكون الثمن مجهولا يبطل البيع، ولأن البائع إنما رضي بزوال ملكه عن المبيع مع تحقق الشرط، والمشتري كذلك إذا كان هو صاحب الشرط إنما رضي بالعقد مع تحقق ما اشترطه، فلو قلنا: يصح البيع من دون الشرط لزال ملك المشترط بغير رضاه، وهنا لما بطل الشرط فات معه رضا من اشترطه، لأنه ما رضي بالعقد إلا على أساس الموازنة بين العوضين حال قبول الآخر الشرط، فإذا أبطلنا الشرط بطل الرضا، والبيع من شروطه التراضي، فلا يتأتى الحكم بصحة البيع مع بطلان الشرط.

ثانيا: الشرط المنافي لمقتضى البيع ولا هو من مصلحته، شرط يمنع كمال التصرف، فيبطل البيع، كما لو شرط أن يسلم بعض المبيع دون بعض.

ثالثا: نهيه ﷺ عن بيعتين في بيعة، وعن بيع وسلف، والنهي يقتضي الفساد، وفساد الشرط يقتضي فساد العقد، لأن البائع لم يرض به إلا بالشرط، فإذا بطل الشرط بطل الرضا بالعقد، فيبطل.

رابعا: الأثر المرويُّ عن عمر رضي الله عنه حين استفتاه عبد الله بن مسعود، إذ اشترى جارية من زوجته، فاشترطت أنه إذا باعها فهي لها بالثمن، فاستفتى عبد الله عمر رضي الله عنهما، فقال له عمر: «لاَ تَقْرُبْهَا وَفيهَا شَرْطٌ لِأَحَدٍ»، فدل على أن البيع بالشرط باطل، ولم يعرف مخالف لهما.

المذهب الثاني: صحة البيع والشرط.

وهو قول ابن سيرين وابن شبرمة التابعيين، وحجة هؤلاء:

أولاً: حديث جابر بن عبد الله، قال: «كنت مع النبي ﷺ في سفر، فاشترى مني جملا واستثنيت حملانه إلى أهلي»، متفق عليه، وفي لفظ: «فبعته بخمس أواق، قال قلت: على أن لي ظهره إلى المدينة، قال: «وَلَكَ ظَهْرُهُ إِلَى المَدِينَةِ»، رواه مسلم، أي جعل له ركوبه.

ثانيا: احتجوا بحديث أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ، قال: «المُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ»، رواه أبو داود، وإسناده حسن أو صحيح.

والجواب عن الحديث الأول - أي قصة جابر - من وجهين:

الوجه الأول: أنه لم يكن بيعا مقصودًا، وإنما أراد النبي برَّه والإحسان إليه بالثمن على وجه لا يستحي من أخذه، وفي طرق الحديث دلالة على هذا المعنى.

الوجه الثاني: يحتمل أن الشرط لم يكن في نفس العقد، ولأن قصة جابر هذه قضية عين يتطرق إليها الاحتمال، وقضايا الأعيان إذا تطرق إليها الاحتمال لا عموم لها، فلا دلالة فيها، لأن الاحتمال المساوي يوجب الإجمال، مع أن هذا الحديث فيه اضطراب.

وأما الجواب عن حديث: «المُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ»، هو أنه عام مخصوص، والمراد به الشروط الجائزة، وما نحن فيه ليس منها، لأن الكلام في الشروط المنافية لمقتضى العقد.

المذهب الثالث: البيع صحيح والشرط باطل لاغٍ،

وهو قول الحسن والنخعي وابن أبي ليلى وأبي ثور وابن المنذر، وإحدى الروايتين عن أحمد.

وحجة هؤلاء قصة بريرة التي احتج بها من يرى بطلان البيع والشرط كما تقدم، ويحتج بها أيضًا من يرى صحة البيع مع بطلان الشرط، ونحن نذكر القصة بسياقها كاملة حتى نتبين وجه الدليل فيها لكلا المذهبين ولأيهما تقوى دلالتها.

والقصة ما روت عائشة قالت: «جَاءَتْنِي بَرِيرَةُ فقالَتْ: كَاتَبْتُ أَهْلِي عَلَى تِسْعِ أَوَاقٍ فِي كُلِّ عَامٍ أُوقِيَّةٌ فَأَعِينِينِي، فَقُلْتُ: إِنْ أَحَبَّ أَهْلُكِ أَنْ أَعِدَهَا لَهُمْ عِدَّةً وَاحِدَةً وَيَكُونُ وَلاَؤُكِ لِي فَعَلتُ، فَذَهَبَتْ بَرِيرَةُ إِلَى أَهْلِهَا فَقَالَتْ لَهُمْ فَأَبَوا عَلَيْهَا، فَجَاءَتْ مِنْ عِنْدِهِمْ وَرَسُولُ اللَّهِ ﷺ جَالِسٌ، فَقَالَتْ: إِنِّي عَرَضْتُ عَلَيْهِمْ فَأَبَوْا إِلاَّ أَنْ يَكُونَ الوَلاَءُ لَهُمْ، فَسَمِعَ النَبِي ﷺ، فَأَخْبَرَتْهُ عَائِشَةُ، فَقَالَ: «خُذِيهَا وَاشْتَرِطِي لَهُمْ الوَلاَءَ فَإِنَّمَا الوَلاَءُ لِمَنْ أَعْتَقَ»، فَفَعَلَتْ عَائِشَةُ، فَقَامَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فِي النَّاسِ، فَحَمِدَ اللَّهِ تَعَالَى وأَثْنَى عَلَيْه، ثمَّ قَالَ: «أَمَّا بَعْدُ، فَمَا بَالُ رِجَالٍ يَشْتَرِطُونَ شُرُوطًا لَيْسَتْ فِي كِتَابِ اللَّهِ تَعَالَى، مَا كَانَ مِنْ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَهُوَ بَاطِلٌ، وَإِنْ كَانَ مِائَةَ شَرْطٍ، قَضَاءُ اللَّهِ أَحَقُّ، وَشَرْطُ اللَّه أَوْثَقُ، وَإِنَّمَا الوَلاَءُ لِمَنْ أَعْتَقَ»، متفق عليه.

فمن يرى بطلان الشرط دون العقد يقول: إن النبي ﷺ أبطل الشرط ولم يبطل العقد.

ومن يرى بطلان البيع والشرط يقول: إن الشرط في هذه القصة لم يكن في نفس العقد، بل كان سابقًا أو متأخرًا، والشرط السابق لا يلحق العقد ولا يؤثر فيه، فلا يلزم الوفاء به ولا يفسد العقد به إن كان شرطا فاسدًا ولأن ما قبل العقد لغو، فقوله ﷺ لعائشة: «خُذِيهَا وَاشْتَرِطِي لَهُمْ»، يحتمل أن يكون الاشتراط سابقًا للعقد، أو متأخرًا عنه، فلا يدل على إقراره للعقد مع إبطال الشرط، والشرط الذي يلحق العقد هو الشرط المقارن له، فإن كان شرطًا صحيحًا لزم الوفاء به، وإن كان فاسدًا أفسد العقد، ولم يثبت كون الشرط مقترنًا بالعقد في هذه القصة، حتى يقال إنه ﷺ أقر العقد وأبطل الشرط.

ولكن لا يسلم هذا الكلام، لأنه خلاف الظاهر، إذ الظاهر من قوله: «خُذِيهَا وَاشْتَرِطِي لَهُمْ» أن الاشتراط وقع مقارنًا للعقد، وأنها اشترتها بشرط أن يكون الولاء لهم، ولكن الرسول ألغى الشرط وأبقى العقد، فالاستدلال بالقصة على صحة البيع مع فساد الشرط قويٌّ.

فإن قال المخالف: لا نسلم اقتران البيع بشرط مخالف لمقتضى العقد في قصة بريرة هذه، حتى يصح الاستدلال بها على بطلان الشرط الفاسد وحده مع صحة العقد، بل الشرط في هذه القصة موافق لمقتضى العقد، والشرط الموافق لمقتضى العقد صحيح كما تقدم، وذلك لأن قوله ﷺ: «اشْتَرِطِي لَهُمْ» معناه اشترطي عليهم، بدليل أنه أمرها به، ويستحيل أن يأمرها بشرط فاسد، فيجب تأويله بأن المراد اشترطي عليهم، فيكون الشرط المذكور في القصة خارجا عن محل النزاع.

الجواب أن هذا التأويل لا يصح لسببين:

السبب الأوّل: أن الولاء ثابت لها بإعتاقها فلا حاجة إلى اشتراطه في العقد، فكيف يأمرها باشتراط شيء هو ثابت بمقتضى العقد.

السبب الثاني: أنهم أبوا البيع إلا أن يشترط الولاء لهم، فكيف يأمرها بما يعلم أنهم لا يقبلون منها؟ بل أمرها بذلك ليس أمرًا حقيقيا، وإنما صيغة الأمر بمعنى التسوية بين الاشتراط وتركه، كقوله تعالى: ﴿فَاصْبِرُوا أَوْ لاَ تَصْبِرُوا﴾[1]، والتقدير اشترطي لهم الولاء أو لا تشترطي، ولهذا قال عقيبه: «فَإِنَّمَا الوَلاَءُ لِمَنْ أَعْتَقَ».

ما يترتب على القول بفساد البيع والشرط الفاسد: وإذا حكمنا بفساد البيع والشرط معا - كما هو مذهب الأكثرين - لم يثبت بهذا العقد ملك، سواء اتصل به قبض المشتري أم لا، ويلزمه رده، فإن تلف لزمه بدله، ولو تصرف المشتري فيه بعد القبض ببيع أو هبة أو غيرهما لم ينفذ تصرفه، لأنه قبضه بعقد فاسد فلم يملك التصرف فيه، وبهذا قال أكثر العلماء، ولم يخالف في ذلك إلا أبو حنيفة.

* واحتج الأكثرون:

أولا: بقوله تعالى ﴿الذِينَ يَاكُلُونَ الرِّبَا لاَ يَقُومُونَ إِلاَّ كَمَا يَقُومُ الذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ المَسِّ﴾[2]، منع الله من التصرف في الربا بالوعيد الشديد، فلو كان المقبوض بعقد فاسد يملكه العاقد لما توعده.

ثانيا: قياس من اشترى بشرط فاسد على من اشترى بما ليس بمال عند أحد من الناس، كميتة ودم ونحوهما، فإن من اشترى بذلك لا يملك أصلا، ولو قبضه وتصرف فيه لم ينفذ تصرفه فيه إجماعًا، فكذا ما نحن فيه، فالشراء بالشرط الفاسد كالشراء بما ليس بمال، فلا يملك المشتري فيه بالقبض ولا ينفذ تصرفه فيه.

وأما أبو حنيفة فقال: إن من اشترى شيئا شراءً فاسدًا - كالشراء بشرط فاسد - وقبضه، ملكه ملكًا ضعيفًا، ويلزم كل واحد منهما فسخ الملك ورد العوض على صاحبه، ولكن لو تصرف فيه المشتري ببيع أو هبة أو غيرهما قبل انتزاع البائع منه نفذ تصرفه، فإن تلف عنده ضمن قيمته.

---

(1) سورة الطور، الآية 16.

(2) سورة البقرة، الآية 275.

* واحتج لأبي حنيفة:

أولا: بقصة بريرة، فإن عائشة شرطت لهم الولاء عند الشراء، وهو شرط فاسد بالاتفاق، ثم أعتقتها ونفذ عتقها، وأقر النبي ﷺ كل ذلك.

والجواب عن ذلك بأوجه:

الوجه الأول: لا نسلم أن عائشة اشترتها بهذا الشرط، بل الظاهر أن أهلها حين بلغهم إنكار النبي ﷺ هذا الشرط تركوه، لأن هذا هو المتبادر من مسلك الصحابة عند سماع أوامره.

الوجه الثاني: على فرض أنها اشترت بشرط الولاء لهم فلا نسلم أن الشرط كان مقترنًا بالعقد، بل يحتمل أن يكون سابقا له، والشرط السابق للعقد لا يؤثر فيه، بل هو لغو فلا يفسد العقد به.

الوجه الثالث: إن هذا الشرط والعقد كانا أمرا خاصا في قصة عائشة هذه، وذلك لمصلحة قطع عادتهم، كما جعل فسخ الحج إلى العمرة خاصا بالصحابة في حجة الوداع لمصلحة بيان جواز العمرة في أشهر الحج، وما شرع لمصلحة لا يقاس عليه غيره.

الدليل الثاني: استدل أبو حنيفة ثانيا بقياس البيع بالشرط الفاسد على النكاح الفاسد، فإن الاتصال الجنسي في فاسد النكاح يترتب عليه أحكام المعاشرة في صحيحه كوجوب المهر، ولحوق النسب، ووجوب العدة، وسقوط الحد، فكذلك البيع بالشرط الفاسد إذا قبض المشتري المبيع وتصرف فيه قبل انتزاع البائع منه نفذ تصرفه وترتب عليه أحكام العقود الصحيحة.

الجواب: إن الأحكام في النكاح تتعلق بمجرد العقد لا بالمعاشرة الزوجية، ولهذا يملك بمجرد العقد الطلاق والظهار والخلع، بخلاف الفاسد فلا يملك به شيئًا من ذلك، على أننا أجمعنا على أنه لا يملك البضع بالاتصال في النكاح الفاسد.

وأما ما يترتب على العقد الفاسد من بعض الأحكام المترتبة على العقد الصحيح من وجوب المهر، ولحوق النسب، والعدة، وسقوط الحد، فلم يكن ذلك بسبب العقد، حتى يقال يترتب على العقد الفاسد ما يترتب على العقد الصحيح من الأحكام، بل لكونه اتصال شبهة، والمعاشرة الجنسية بالشبهة تترتب عليها الأحكام ولو كان من غير عقد، فمن وجد امرأة على فراشه فظنها زوجته فاتصل بها ترتب على هذا الاتصال الأحكام المذكورة من لحوق النسب وغيره.

* وبذلكم يظهر رجحان القول بأن من اشترى شيئًا بشرط فاسد لا يملكه المشتري بالعقد ولا بالقبض، فإن قبضه وجب رده، فإن تلف عنده ضمن قيمته إن كان مقومًا وضمن مثله إن كان مثليا، وإن تصرف فيه المشتري ببيع أوهبة أو نحوهما قبل انتزاع البائع منه لم ينفذ تصرفه بحال، وهذا الحكم يجري في كل من اشترى شراءً فاسدًا كالشراء بالخمر والخنزير وغيرهما مما هو فاسد شرعًا، فلا يملك بالعقد ولا بالقبض ولا ينفذ تصرف قابضه، ويجب رده وضمانه إن تلف، على أن أبا حنيفة وافق الجمهور فيمن اشترى بما ليس بمال عند جميع الناس، كالميتة والدم ونحوهما، فلا يملك المشتري المبيع فيه بالعقد ولا بالقبض، ولا يصح تصرفه فيه عنده، ولكن لا يظهر الفرق بين كون الثمن مالا عند الناس أو ليس بمال عندهم ما دام العقد باطلا فلا يملك بالباطل حق.

ما يترتب على القول بفساد الشرط مع صحة البيع: أما إذا حكمنا بفساد الشرط وحده مع صحة البيع، بناءً على القول بذلك، فإن للبائع المطالبة باسترجاع قسط من الثمن مقابل ما نقصه إلغاء الشرط، وكذلك للمشتري المطالبة بزيادة ثمن المبيع إن كان هو المشترط، وذلك لأن البائع إنما سمح بالبيع بهذا الثمن لما يحصل له من الغرض بالشرط، والمشتري كذلك إنما سمح بزيادة الثمن من أجل ما شرطه، فإن لم يحصل غرض المشتري بسبب فساد الشرط فينبغي أن يطالب بما سمح به، كما تجوز المطالبة لو وجد المبيع معيبًا. هذا أحد الاحتمالين في المسألة.

ويحتمل أن لا يرجعا بشيء، بل يثبت الخيار لصاحب الشرط قياسا على ما لو شرط أن يرهن المشتري بالثمن أو يقيم كفيلا به فامتنع الراهن أو الكفيل، فإن للبائع الخيار في فسخ البيع فكذا في مسألتنا، لأن ما ينقصه إلغاء الشرط مجهول فيصير الثمن مجهولا، وجهل الثمن يفسد البيع، والفرض في المسألة أن البيع صحيح، فلا يمكن تحديد ما ينقصه بطلان الشرط، فلم يبق لدفع الضرر عن المشترط إلا إثبات الخيار له، ولأنه عليه الصلاة والسلام لم يحكم لأرباب بريرة بشيء مع فساد الشرط وصحة البيع.

ثالثًا: الشرط المختلف في صحته وفساده:

تقدم أن الشروط التي هي من مقتضى العقد أو مصلحته شروط صحيحة يلزم الوفاء بها باتفاق الفقهاء، والشروط المنافية لمقتضى العقد شروط باطلة عند جماهير الأئمة إلا من شذ منهم، وما عدا ذلك من الشرط في البيع فمختلف في صحته وبطلانه، وهذا القسم من الشروط نوعان:

النوع الأول:

أن يشترط ما لا يتعلق به غرض يورث تنازعا، كأن يشتري حيوانًا بشرط أن يأكل في الربيع اليابس، فإن مثل هذا الشرط لا يضر فلا يفسد العقد به، بل يلغو ويصح البيع.

النوع الثاني:

ما فيه منفعة لأحد المتعاقدين، كأن يشترط البائع منفعة المبيع مدة معلومة، من ذلك أن يبيع دارا ويستثني سكناها سنة، أو يبيع جملا ويشترط أن يحمله إلى مكان معلوم.

فقال الشافعي في أصح القولين عنه، وبه قال الحنفية أيضًا: لا يصح هذا الشرط ويفسد به البيع، لأنه ينافي مقتضى العقد، فأشبه ما لو شرط أن لا يسلمه المبيع، لأنه شرط تأخير تسليم المبيع إلى أن يستوفي البائع منفعته.

وقال مالك: إن اشترط ركوبا إلى مكان قريب جاز، وإن كان إلى مكان بعيد كره، لأن اليسير تدخله المسامحة، والكراهة المقصود بها المنع والحرمة في اصطلاح الأقدمين.

وقال الحنابلة: يصح البيع والشرط، لأن جابرا باع النبي ﷺ جملا واشترط ظهره إلى المدينة، وتأويل المخالف بأن ذلك لم يكن بيعًا مقصودًا، وإنما أراد النبي ﷺ بره والإحسان إليه، هذا تأويل فيه تعسف، ولأن النبي ﷺ نهى عن الثنيا إلا أن تكون معلومة، وهذه معلومة، ولأن المنفعة قد تقع مستثناة بالشرع على المشتري فيما إذا اشترى نخلا مؤبرة أو دارا مؤجرة، فجاز أن يستثنيها الشارط في العقد قياسًا على الوارد لأنه في معناه.

* ومن ذلك ما إذا اشترط المشتري منفعة خاصة يقوم له بها البائع، مثل أن يشتري ثوبًا ويشترط على بائعه خياطته، أو يشترط أن يحمل له المبيع إلى مكان معلوم، أو يشترى زرعًا ويشترط على بائعه أن يحصده له، أو يشتري منه حديدًا ويشترط عليه أن يصنعه سكينا أو نحو ذلك، فقيل يبطل الشرط والبيع، وقيل يصح الشرط والبيع وهو الصحيح، لأن هذا بيع وإجارة، لأنه باعه الثوب وآجره نفسه على خياطته، واشترى منه شيئًا وآجره على حمله إلى مكان معلوم، واشترى زرعًا وآجره على الحصاد، وكذلك الحديد، وكل من البيع والإجارة يصح إفراده بالعقد، فإذا جمعهما جاز كالعينين، فلا مانع من الجمع بين الإجارة والبيع في عقد واحد كما يجوز الجمع في البيع بين عينين مختلفين.

وسبب **هذا الخلاف المتباين** في الشروط في البيع هو: هل الأصل في الشروط عدم الصحة إلا ما دل الدليل على صحته، أم الأصل في الشروط الصحة واللزوم إلا ما دل الدليل على خلافه؟

* فالمشهور عند الحنفية والشافعية أن الأصل في الشروط عدم الصحة إلا ما دل الدليل على صحته، لقوله ﷺ: «مَنِ اشْتَرَطَ شَرْطًا لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَهُوَ بَاطِلٌ، وَإِنْ كَانَ مِائَةَ شَرْطٍ»، متفق عليه، ولهذا أبطلوا كل شرط لم يقم عليه دليل، وإن كان فيه منفعة لأحد المتعاقدين كما تقدم في الأمثلة السابقة، والشروط التي صححوها ما قام الدليل على صحتها.

* وأما مالك، فمذهبه أيضًا هو الميل إلى أن الأصل في الشروط الحظر إلا ما دل الدليل عل صحته، غير أنه لا يبطل جميع الشروط بل يقسمها إلى أقسام:

قسم تبطل هي والبيع معا، وهي التي تؤدي إلى خلل في شرط من الشروط المعتبرة في صحة البيع، أو تنافي مقتضى العقد، كاشتراط أن لا يبيع المبيع.

وقسم يفسد بها البيع ما دام المشترط متمسكًا بشرطه، كشرط بيع وسلف، وإن تركه جاز البيع.

وقسم يجوز فيه البيع والشرط معًا، كما لو اشترط لنفسه منفعة يسيرة لا تعود بمنع التصرف في أصل المبيع، مثل أن يبيع الدار ويشترط سكناها مدة يسيرة كشهر وقيل كالسنة، ومثل حملان البعير إلى موضع معلوم، لحديث جابر أنه باع النبي ﷺ جملا واشترط ظهره إلى المدينة، فأجاز مالك هذا وما في معناه في المدة القليلة، ولم يجزه في الكثيرة.

وقسم يمضي فيه البيع ويبطل الشرط، وهو ما كان الشرط فيه حرامًا ولكنه خفيف لم يقع عليه حصة من الثمن، كاشتراط إن لم يأت بالثمن لكذا كشهر أو عشرة أيام فلا بيع بيننا، فيلغى الشرط ويصح البيع وغرم الثمن الذي اشترى به.

قال ابن رشد الحفيد: «وإعطاء فروق بيّنةٍ في مذهب مالك بين هذه الأصناف الأربعة عسير.. وإنما هي راجعة إلى كثرة ما تتضمن الشروط من صنفي الفساد الذي يُخل بصحة البيوع وهما الربا والغرر، وإلى قلته، وإلى التوسط بين ذلك، أو إلى ما يفيد نقصًا في الملك، فما كان دخول هذه الأشياء فيه كثيرًا من قبل الشرط أبطله وأبطل الشرط،

وما كان قليلا أجازه وأجاز الشرط فيها، وما كان متوسطًا أبطل الشرط وأجاز البيع.. ويرى أصحابه أن مذهبه هو أولى المذاهب، إذ بمذهبه تجتمع الأحاديث كلها، والجمع أحسن من الترجيح»[1].

* وأما الحنابلة، فإن الأصل عندهم في الشروط الصحة إلا ما دل الدليل على خلافه، فلهذا صححوا كل شرط فيه منفعة لأحد المتعاقدين، ولم يستثنوا من ذلك إلا الشرط المنافي لمقتضى العقد، أو الذي ورد به النهي عنه.

وهذا المذهب هو الصحيح، فإن الكتاب والسّنّة قد دلا على وجوب الوفاء بالعقود والعهود وذم الغدر والنكث، ولكن، إذا لم يكن المشروط مخالفا لكتاب الله وشرطه، فإذا كان المشروط مخالفًا لكتاب الله وشرطه كان الشرط باطلا .

وأما إذا كان الشرط والمشروط لم ينص الله على حله بل سكت عنه، فليس هو مناقضًا لكتاب الله وشرطه، وقد صح عن النبي ﷺ أنـه قال: «إِنَّ أَحَقَّ الشُّرُوطِ أَنْ تُوفُوا بِهِ مَا اسْتَحْلَلْتُمْ بِهِ الفُرُوجَ»، وهذا يبين أن الوفاء بالشرط في النكاح أولى منه في البيع، قال ابن القيم: قد شرع الله لعباده التعليق بالشرط في كل موضع يحتاج إليه العبد، حتى بينه وبين ربه، كما قال ﷺ لضباعة بنت الزبير وقد شكت إليه وقت الإحرام بالحج، فقال: «حُجِّي واشْتَرِطِي عَلَى رَبِّكِ وَقُولِي إِنْ حَبَسَنِي حَابِسٌ فَمَحِلِّي حَيْثُ حَبَسْتَنِي، فَإِنَّ لَكِ مَا اشْتَرَطْتِ عَلَى رَبِّكَ»، فهذا كما ترى شرط مع الله في العبادة، وقد شرعه على لسان رسوله لحاجة الأمة إليه، وأفاد هذا الشرط جواز التحلل وسقوط الهدي.

وقال ﷺ في مشروعية الشرط تشريعا عامّا: «المُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ إِلاَّ شَرْطًا أَحَلَّ حَرَامًا أَوْ حَرَّمَ حَلاَلاً»، وقال: «مَنْ بَاعَ نَخْلاً قَدْ أُبِّرَتْ فَثَمَرَتُهَا لِلْبَائِعِ إِلاَّ أَنْ يَشْتَرِطَهُ المُبْتَاعُ»، فهذا الشرط خلاف مقتضى العقد المطلق وقد أجازه الشارع، فكيف بعد هذا يقال: إن الأصل في الشروط عدم صحتها إلا ما دل الدليل عليه.

وقد فهم السلف مشروعية الشرط إلا ما أبطله الشرع للحاجة إلى ذلك لخفاء المصلحة، فقد علق أبو بكر رضي الله عنه تولية عمر بالشرط، ووافقه عليه سائر

(1) بداية المجتهد ونهاية المقتصد جـ 2 ص 160 - 161

الصحابة فلم ينكر منهم رجل واحد، وعلق عمر رضي الله عنه عقد المزارعة بالشرط، فكان يدفع أرضه إلى من يعمل عليها على أنه إن جاء عمر بالبذر فله كذا، وإن جاء العامل بالبذر فله كذا، ولم يخالفه صحابي واحد، وقال أيضًا: «مَقَاطِعُ الحُقُوقِ عِنْدَ الشُّرُوطِ وَلَكَ مَا شَرَطْتَ»، ذكر ذلك عنه البخاري في صحيحه، ونقل جواز الشرط عن كثير من الصحابة والتابعين، ذكر البخاري من ذلك كثيرًا، ولم ينقل عن سائرهم خلاف في ذلك.

والمقصود أن للشرط عند الشارع شأنًا، ولكن كثيرًا من الفقهاء يلغون شروطا لم يلغها الشارع، ويفسدون العقد من غير مفسدة تقتضي فساده، وهم مع ذلك متناقضون فيما يقبل التعليق بالشرط من العقود وما لا يقبله، فليس لهم ضابط مطرد منعكس يقوم عليه دليل، فالصواب الضابط الشرعي، وهو أن كل شرط لا يخالف حكم الله ولا يناقض كتابه - وهو ما يجوز فعله وتركه من دون الشرط - فهو لازم بالشرط، وقد دل على هذا كتاب الله وسنّة رسوله واتفاق الصحابة، فالشرط في حق المكلفين كالنذر في حقوق رب العالمين، فكل طاعة يجوز فعلها قبل النذر لزمت بالنذر، وكذلك كل شرط قد جاز بذله من دون الاشتراط لزم بالشرط، «فَمَقَاطِعُ الحُقُوقِ عِنْدَ الشُّرُوطِ»، وإذا كان من علامات النفاق إخلاف الوعد وهو ليس بمشروط، فكيف الوعد المؤكد بالشرط، بل ترك الوفاء بالشرط يدخل في الكذب والخلف والخيانة والغدر[1].

وبالجملة فإن مذهب الحنابلة يعتبر بحق أوسع المذاهب الفقهية في إباحة الشروط، فهو الذي يتفق ورغبات المتعاقدين، وفيه مسايرة العرف التجاري الحديث، ولا تجد فرقًا كبيرًا بين هذا المذهب وبين ما تقرره النظم الحديثة من أن كل شرط يشترطه العاقدان يعتبر صحيحًا ملزمًا إلا ما يخالف النظام العام أو الآداب العامة أو النصوص.

(1) انظر إعلام الموقعين، ج 3، ص 398 - 400.

الفصل السادس

الخـــيــار في الــبـيــع

أولا: حكمته:

إذا وجد العقد مستكملا لأركانه وشرائطه كانت له قوة لا يستطيع أحد العاقدين رفعه وإبطاله إلا برضا الآخر، وهذا معنى لزوم العقد، وهو الأصل في العقود.

ولكن لو اقتصر الشارع في تشريع العقود على هذا القدر لوقع الناس في حرج ظاهر، فقد يكون المرء غير خبير بأحوال التعامل، فيحتاج إلى التروي أو المشاورة في أمور سلعة أقدم على شرائها متسرعًا، لئلا تفلت منه فرصة الحصول عليها إن هو أخر شراءها إلى ما بعد التروي، وقد يضطر إلى شراء شيء من غير أن يراه معتمدًا في ذلك على وصف الطرف الآخر وترغيبه فيه، فإذا ما رآه وجده لا يوافق رغبته، أو أنه بولغ في وصفه، وقد يجد المشتري بعد الشراء عيبًا خفي عليه حين التعاقد.

من أجل ذلك كله جعل الشارع لأحد المتعاقدين أو كليهما حق فسخ العقد بعد تمامه تفاديًا لهذا الحرج ورفعًا للأضرار التي تلحقه لو لم يبح له هذا الحق، وحق الفسخ هذا هو المعروف في الفقه بالخيار.

والخيار مفرد الخيارات، وهو مأخوذ من الاختيار، ومعناه في اللغة طلب خير الأمرين أو الأمور، والفقهاء يريدون به معنى يقرب من المعنى اللغوي، وهو عندهم أن يكون لأحد العاقدين أو لكليهما الحق في تخير أحد الأمرين: إما إمضاء العقد وتنفيذه، أو فسخه ورفعه من أساسه.

وهذه الخيارات منها ما ورد به نص خاص كخيار الشرط، ومنها ما ثبت بمقتضى القواعد العامة كخيار فوات الوصف والتغرير، ثم منها ما يثبت بإيجاب الشارع ولو لم يشترطه المتعاقدان كخيار العيب، ومنها ما يتوقف ثبوته على اتفاق العاقدين فلا يثبت إلا باشتراط كخيار الشرط.

كما أن الفسخ الذي يثبت بهذه الخيارات قد يثبت لصاحب الخيار متى أراد من دون توقف على قضاء القاضي كما في خيار الشرط والرؤية، وقد يتوقف على قضاء القاضي

فلا يثبت قبله عند بعض الفقهاء، كما في خيار العيب، بسبب أن العيوب الموجبة للفسخ تحتاج إلى تقدير خاص لا يكفي فيه نظر العاقدين.

ثانيا: أنواعه:

وأنواع الخيارات في البيع كثيرة اختلف الفقهاء في عددها بناء على اختلافهم في مشروعية العقود التي يثبت فيها ذلك الخيار، ويلاحظ أن هذه الخيارات على كثرتها يتداخل بعضها في بعض، كما أن بعضها يختص بعقد من العقود وبعضها يكون في أكثر من عقد، وها نحن الآن نقتصر على ما كان في ثبوته إجماع الفقهاء في الجملة، وهو خيار الشرط وخيار النقيصة:

أ - خيار الشرط[1]:

خيار الشرط، ويسمى أيضًا خيار تروٍّ، أي تأمل في انبرام العقد وعدمه، هو أن يكون لأحد العاقدين أو لكليهما أو لغيرهما الحق في إمضاء العقد أو فسخه في مدة معلومة إذا اشترط ذلك في العقد، فالبيع الذي فيه خيار الشرط هو بيع وقف بتُّه أي لزومه على إمضاء يتوقع ممن له الخيار من البائع أو المشتري أو غيرهما في المستقبل، سواء كان الشارط عاقدًا لنفسه، أو لغيره كالوكيل إذا أذن له الموكل بذلك، وكالوصي إذا كان في ذلك مصلحة.

فإذا قال البائع للمشتري مثلا: بعت لك هذه الدار أو هذه السيارة بكذا على أني بالخيار مدة ثلاثة أيام، وقبل المشتري هذا الشرط، كان للبائع الحق في فسخ العقد في هذه المدة، فإذا مضت المدة من غير أن يعلن رأيه في الإمضاء أو الفسخ سقط حق الفسخ ولزم العقد.

فهذا الخيار كما يدل عليه اسمه لا يثبت إلا بالشرط عند جمهور الفقهاء، فسببه هو الاشتراط، وعند الإمام مالك يثبت إما بالشرط أو بالعادة، على معنى أنه لو جرت عادة الناس بثبوت الخيار في سلعة من السلع ثبت الخيار فيها من غير شرط، إذ المعروف عرفًا كالمشروط شرطًا.

---

(1) من مراجع هذا البحث:
بداية المجتهد جـ 2 ص 157 - 160، وتهذيب الفروق جـ 3 ص 282 - 284، وحاشية الدسوقي جـ 2 ص 91 - 108، والذخيرة جـ 5 ص 23 -52، ومواهب الجليل ج 4 ص 409 - 427، والمغني، والشرح الكبير جـ 4 ص 65 - 77.

هذا ويتعلق بالنظر في أصول هذا النوع من الخيار مسائل:

المسألة الأولى: في جوازه وعدم جوازه: في ذلك قولان، وجمهور الأئمة على جوازه، وعمدتهم:

أولا: ما ثبت أن النبي ﷺ ذكر له رجل أنه يُخدَعُ في البيع، فقال: «إِذَا بَايَعْتَ فَقُلْ لاَ خِلَابَةَ» متفق عليه، وهذه الرواية ليس فيها تصريح بثبوت الخيار، والخلابة: الغبن والخديعة.

وفي رواية ابن اسحاق عن نافع عن ابن عمر، قال سمعت رجلا يشكو إلى رسول الله ﷺ أنه لا يزال يُغْبَنُ في البيع، فقال رسول الله ﷺ: «إِذَا بَايَعْتَ فَقُلْ لاَ خِلاَبَةَ، ثُمَّ أَنْتَ بِالخِيَارِ فِي كُلِّ سِلْعَةٍ ابْتَعْتَهَا ثَلاَثَ لَيَالٍ، فَإِن رَضِيتَ فَأَمْسِكْ وَإِنْ سَخَطْتَ فَارْدُدْ»، قال ابن عمر: فكأني الآن أسمعه إذا ابتاع يقول لا خلابة، والرجل المذكو هو حبان بن منقذ الأنصاري.

وهذه الرواية فيها تصريح بثبوت الخيار، وهي رواية البيهقي وابن ماجه بإسناد حسن عن محمد بن إسحاق عن نافع عن ابن عمر، وابن إسحاق هو صاحب المغازي المعروف، والأكثرون وثقوه، وإنما عابوا عليه التدليس، وقد قال في روايته هذه: حدثني نافع.. والمدلس إذا قال حدثني، أو أخبرني، أو سمعت، ونحوها من الألفاظ المصرحة بالسماع احتج به عند جماهير المحدثين، وإنما يترك حديث المدلس إذا قال عن فلان.

ثانيا: استدلوا بقوله ﷺ: «كُلُّ بَيِّعَيْنِ لاَ بَيْعَ بَيْنَهُمَا حَتَّى يَتَفَرَّقَا إِلاَّ بَيْعَ الخِيَارِ»، فإن قوله: «إِلَّا بَيْعَ الخِيَارِ» يدل على مشروعية البيع المشروط فيه الخيار، فإنه لا يلزم بتفرقهما، ولا يكون تفرقهما غاية الخيار فيه، لكونه ثابتًا بعد تفرقهما.

وذهب بعض الأئمة إلى عدم جواز خيار الشرط، وهذا مروي عن الثوري وابن شبرمة وطائفة من أهل الظاهر، وعمدتهم أن الخيار غرر، وأن الأصل في العقود هو اللزوم، ولم يقم دليل على جواز البيع على الخيار من كتابٍ أو سُنَّة ثابتة أو إجماع منقول، وما استند إليه من يرى مشروعيته فمردود . قالوا:

1 - فأما حديث ابن منقذ فغير صحيح، لأن روايته من طريق محمد بن إسحاق صاحب المغازي وهو مدلس.

ويجاب عن هذا بأن محمد بن إسحاق ثقة في نفسه، وتهمة التدليس إنما تضر إذا قال في روايته: عن فلان، ولم يصرح بالسماع، وقد صرح في روايته هذه بالسماع فقال: «حَدَّثَنِي نَافِعٌ عَنِ ابْنِ عُمَرَ»، فحديثه هنا حسن صالح للاحتجاج به.

قالوا: وعلى فرض صحته فلا نسلم أنه تشريع عام للناس، فإن قوله ﷺ لحبان بن منقذ الذي كان يُخْدَع في البيع: «إِذَا بَايَعْتَ فَقُلْ لاَ خِلاَبَةَ» يحتمل أن يكون خاصا به، بدليل ما روي أنه عاش إلى زمن عثمان بن عفان وقد جاوز المائة سنة، وكان لا يدع التجارة، فإذا بايع الناس يُغْبَنُ فيرجع عن بيعه، ويخاصمهم إذا امتنعوا عن الرجوع في بيعه، فيمر بهم بعض الصحابة فيقول لمن يخاصمه: ويحك إن النبي ﷺ جعل له الخيار ثلاثًا، وهذا يدل على اختصاصه بهذا الخيار.

وهذا أيضًا مردود بأن ما ثبت في حق واحد من الصحابة ثبت في حق غيره ما لم يقم دليل على اختصاصه، وليس في الحديث ما يفيد أنه خصوصية لحبان، والقصة التي ذكروها لا تفيد اختصاصه.

2 - قالوا: وأما قوله ﷺ: «كُلُّ بَيِّعَيْنِ لاَ بَيْعَ بَيْنَهُمَا حَتَّى يَتَفَرَّقَا إِلاَّ بَيْعَ الخِيَارِ» فقد فسر المعنى المراد بهذا اللفظ وهو ما ورد فيه من لفظ آخر من نفس الراوي وهو ابن عمر: «البَيِّعَانِ بِالخِيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا أَوْ يَقُولُ أَحَدُهُمَا لِصَاحِبِهِ اخْتَرْ» متفق عليه، وفي رواية: «فَإِنْ خَيَّرَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ فَتَبَايَعَا عَلَى ذَلِكَ فَقَدْ وَجَبَ البَيْعُ»، فيكون المراد بقوله: «إِلاَّ بَيْعَ الخِيَارِ» البيع الذي شرطا فيه أن لا يكون بينهما فيه خيار، بأن يقول أحدهما لصاحبه عند التعاقد اختر فيختار، فهذا البيع يلزم بمجرد العقد من غير حاجة إلى تفرق، فيكون معنى الحديث الذي استدلوا به على ثبوت خيار الشرط، أن كل بيعين لا يلزمهما البيع حتى يتفرقا إلا بيع الخيار، أي إلا إذا خير أحدهما صاحبه عند العقد فتبايعا على ذلك فقد وجب البيع، كما صرح بذلك في الرواية الأخرى.

فالحديث الذي استدلوا به ليس في خيار الشرط كما زعم المستدل، بل في إبطال خيار المجلس بالتخاير في ابتداء العقد، بأن يقول بعتك ولا خيار بيننا، ويقبل الآخر العقد على ذلك، فلا يكون لهما خيار قبل التفرق في هذه الحالة.

وخلاصة القول: إن قوله في الحديث «إِلَّا بَيْعَ الخِيَارِ» إنما يدل على أن خيار المتبايعين قبل التفرق ليس مطلقًا، بل يبطل بالتخاير قبل العقد، فإذا قال: اخترت العقد أو

أسقطت خياري أو نحو ذلك فقد سقط خيار المجلس عند مثبتيه ولزم البيع بمجرد العقد.

والحق أن الأدلة التي استند إليها المثبتون لخيار الشرط لا تقوى في دلالتها من جهة اللفظ للاحتمالات الكثيرة في دلالتها، ولهذا قال النووي: إن أقوى ما يحتج به في ثبوت خيار الشرط الإجماع، قال: وقد نقلوا فيه الإجماع وهو كاف[1]. انتهى. وقد علمنا وجود الخلاف فيه فلا معنى لدعوى الإجماع إلا إذا ادعى وجود الإجماع المذكور قبل ظهور المخالف، وإثبات مثل ذلك متعذر.

وعلى كل، فالحكمة تقتضي مشروعية خيار الشرط لتدارك الغبن الذي قد يلحق بالعاقد نتيجة لتسرعه عند الشراء أو قلة خبرته، فعدم مشروعيته يوقع الناس في حرج ظاهر، والحرج مرفوع شرعًا، وهذا وحده كاف.

وأخيرًا نقول إن اشتراط الخيار من مصلحة العقد، والشرط الذي من مصلحة العقد شرط صحيح يجب الوفاء به، لقوله ﷺ: «الْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ إِلاَّ شَرْطًا أَحَلَّ حَرَامًا أَوْ حَرَّمَ حَلاَلاً».

المسألة الثانية: في مدته: الحديث السابق جعل المدة ثلاثة أيام، فهل يجوز خيار الشرط مطلقًا أو مقيدًا بثلاثة أيام؟ وإن جاز مقيدًا فكم مقداره؟ وإن لم يجز مطلقًا، فهل من شروط ذلك أن يقع الخيار في الثلاث أم لا يجوز بحال وإن وقع في الثلاث؟ في ذلك مذاهب:

1 - ذهب مالك إلى أن ذلك ليس له قدر محدود في نفسه، وإنما يتقدر بقدر الحاجة إلى اختلاف المبيعات، ذلك أن الخيار مشروع للتروي والمشورة، وذلك يختلف عادة باختلاف السلع ويتفاوت بتفاوت المبيعات، فمثل الشهر ونحوه في اختبار الدار وكذا الأرض وما يتصل بها من بناء وشجر، ومثل ثلاثة أيام في ثوب وعرض ومثلي ودابة ليس شأنها الركوب أو شأنها ذلك ولكن لم يكن اختبارها للركوب، بل لنحو قوتها وأكلها وغلائها ورخصها، أما إن كان الخيار لخصوص اختبارها بالركوب، ففي البلد يومان وقيل يوم، وفي خارج البلد بريد أو بريدان، وأما الخضر والفواكه فأمد الخيار فيها بقدر الحاجة مما لا يتغير فيه.

---

(1) المجموع، شرح المهذب، المجلد التاسع ص 190.

وبالجملة، فلا يجوز عند مالك الأجل الطويل الذي فيه فضل عن اختبار المبيع، وعمدة أصحاب مالك هو أن المفهوم من الخيار هو اختبار المبيع، وإذا كان ذلك كذلك وجب أن يكون ذلك محدودًا بزمن إمكان اختبار المبيع، وذلك يختلف بحسب مبيع ومبيع، فكأن النص إنما ورد عندهم تنبيهًا على هذا المعنى، فهو عندهم من باب الخاص أريد به العام.

2 - وذهب أبو حنيفة، والشافعي في مشهور مذهبه، إلى أن الخيار لا يجوز أكثر من ثلاثة أيام للحديث المذكور، ولأن الخيار ينافي مقتضى البيع لأنه يمنع الملك واللزوم وإطلاق التصرف، وإنما جاز للحاجة فيقتصر فيه على ما تدعو إليه الحاجة، ولأنه لما كان الأصل عدم جواز الخيار لما ذكرنا فلا يجوز منه إلا ما ورد فيه النص في الحديث جريا على قاعدة سائر الرخص المستثناة من الأصول، مثل استثناء العرايا من المزابنة وغير ذلك، قالوا: وقد جاء تحديد الخيار بالثلاث في حديث المصراة، وهو قوله ﷺ: «مَنِ اشْتَرَى مُصَرَّاةً فَهُوَ بِالخِيَارِ ثَلاثَةَ أَيَّامٍ»، وخيار الشرط مثله، ولأن خيار الشرط لما كان على خلاف الأصل وإنما جاز للحاجة، فلا يجوز إلا القليل منه، وآخر حد القلة ثلاث، قال تعالى: ﴿فَقَالَ تَمَتَّعُوا فِي دَارِكُمْ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ﴾[1] بعد قوله: ﴿فَيَأْخُذَكُمْ عَذَابٌ قَرِيبٌ﴾[2]، فلو اشترط المتعاقدان أكثر من ثلاثة أيام فسد البيع عند الشافعي، سواء أجاز العقد في الثلاثة أيام أم لم يجز، فهو فاسد على كل حال.

واشتراط أكثر من ثلاثة أيام مفسد للبيع عند أبي حنيفة أيضًا، إلا أن هذا الفساد يرتفع ويزول بزوال سببه، فإذا أجازا العقد قبل مضي الثلاثة أيام وحذفا الزائد عليها صح العقد لزوال المفسد قبل اتصاله بالعقد، وإن مضت الثلاثة قبل إجازة العقد فسد.

3 - وذهب آخرون كالإمام أحمد وأبي يوسف ومحمد بن الحسن، وبه قال داود، إلى أن الخيار لا يتقيد بالثلاثة، بل يجوز إلى أكثر منها حسب اتفاق العاقدين على مدة معلومة لمنع وقوع التنازع فيما بعد، قالوا: لأن الخيار حق يعتمد الاشتراط فيرجع في تقديره إلى مشترطه كالأجل، ولأن الخيار في البيع شرع للتروي والمشورة ولتفادي الوقوع في الغرر والخديعة، وربما لا تكفي الأيام الثلاثة، والأمر يختلف باختلاف

(1) سورة هود، الآية 65.

(2) سورة هود، الآية 64.

الأشخاص والسلع، فينبغي ترك الأمر إلى تقدير المتعاقدين واتفاقهما حين التعاقد على مدة معلومة لمنع التنازع فيما بعد. قالوا: وتقدير الرسول ﷺ مدة الخيار لحَبَّانَ بن منقد وجعلها ثلاثة أيام، لأنها كانت كافية له، لا لأنه لا يجوز أكثر منها. قالوا: وتقدير المدة بقدر الحاجة لكل مبيع، كما ذهب إليه مالك لا يصح، لأن الحاجة لا يمكن ضبط الحكم بها لخفائها واختلافها، وإنما يرتبط بمظنتها وهو الإقدام، فإنه صالح أن يكون ضابطًا ويرتبط الحكم به.

وقول الآخرين إن الخيار ينافي مقتضى العقد فيقتصر فيه على مورد النص لا يصح، لأن مقتضى البيع نقل الملك، والخيار لا ينافيه وإن سلمنا أن اشتراط الخيار على خلاف مقتضى العقد، ولكن متى خولف الأصل لعلة في محل وجب تعدية الحكم لتعدي تلك العلة.

هذا، ولعل المذهب الأخير هو الراجح، لأنه إذا كانت الحكمة من مشروعية الخيار في البيع والشراء هي التروي أو المشاورة في أمر سلعة يكون قد اشتراها المرء متسرعًا، لئلا تفلت منه فرصة الحصول عليها إن هو أخر شراءها إلى ما بعد التروي أو المشاورة، فإن الثلاثة أيام لا تكفي للتبصر في أمر السلعة في كثير من الحالات.

والتفريق بين العقار وغيره، في تقدير المدة - كما يراه المالكية - غير ظاهر لعدم اطراده، لأن كثيرًا من المبيعات من غير العقار كالسفن قد يحتاج التروي أو المشاورة فيها إلى مدة أطول، والأمر كذلك في العروض المنقولة، خاصة إذا كانت صفقة كبيرة، وهذا بين واضح.

فالأولى ترك الأمر في تقدير مدة الخيار إلى اتفاق المتعاقدين، شريطة أن تكون المدة معلومة لمنع التنازع مستقبلا.

* هل يجوز الخيار المطلق دون المقيد بمدة معلومة؟

إذا اشترط الخيار أبدًا، أو متى شاء، أو قال أحدهما: ولي خيار ولم يذكر مدته، أو شرطاه إلى مدة مجهولة كقدوم زيد، ووقت قدومه لا يعلم، أو إلى أن تمطر السماء، أو شرط مشاورة شخص بعيد لا يقدم إلا بعد مدة الخيار بكثير، أو نحو ذلك ..، فهل يصح هذا الخيار؟ فإن قلنا لا يصح، فهل يفسد الشرط وحده ويصح البيع، أم يفسد به البيع؟ في ذلك خلاف:

1 - ذهب قوم إلى جواز اشتراط الخيار مطلقا، ويكون الخيار لهما أبدًا، وهو قول ابن شبرمة والثوري، ورواية عن أحمد بن حنبل، واستدلوا بقوله ﷺ: «الْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ».

2 - وذهب مالك إلى أنهما إذا شرطا مدة تزيد على مدة الخيار المقدرة لكل سلعة، أو شرطا مدة مجهولة كإلى قدوم فلان، أو نزول مطر، أو نحو ذلك، كمشاورة شخص بعيد، فإن البيع المحتوي على الخيار بهذا الشرط باطل، لأنه عقد قارنه شرط فاسد.

أما إذا سكتا عن تحديد المدة بأن كان اشتراط الخيار مطلقًا، صح العقد والخيار، ويضرب السلطان لهما فيه أجل مثله حسبما ذكر من المدة لكل سلعة، لأن ذلك مقرر في العادة، فإذا أطلقا ولم يحددا، يضرب لهما مدة يختبر المبيع في مثلها في العادة، وحاصله أن السكوت عن مدة الخيار لا يبطله.

3 - وقال أبو حنيفة: إذا شرطا الخيار مدة مجهولة، فهذا فاسد، ولكن إذا أسقطا الشرط قبل مضي الثلاث وَبَيَّنَا مدته صح العقد، لأنهما حذفا المفسد قبل اتصاله بالعقد، فوجب أن يصح كما لو لم يشترطاه، وقد قال مثل هذا فيما إذا شرطا مدة زائدة على المدة المشروعة وهي ثلاثة أيام، وقد تقدم.

4 - وذهب الشافعي وأحمد في المشهور عنهما إلى أن شرط الخيار أبدا، أو بمدة مجهولة، أو السكوت عن التحديد بأن اشترطا خيارًا مطلقًا، يبطل الخيار، واستدلوا بأن مدة الخيار ملحقة بالعقد، فلا يجوز مع الجهالة كالأجل، قالوا: واشتراط الخيار أبدًا كما ذهب المجيزون لذلك، يقتضي المنع من التصرف على الأبد، لتمادي الخيار، وذلك ينافي مقتضى العقد، فلم يصح، كما لو قال: بعتك بشرط أن لا تتصرف.

وقالوا: وقول مالك رضي الله عنه: إذا سكتا عن المدة يصح والحاكم يضرب لهما أجل مثلها في العادة، هذا القول فيه نظر، فقد يقال: لا عادة في الخيار يرجع إليها، واشتراطه مع الجهالة نادر، وقول أبي حنيفة: إذا أسقطا الشرط الفاسد قبل مضي الثلاث صح العقد، لأنهما حذفا المفسد قبل اتصاله بالعقد، هذا القول أيضًا مردود لا يصح، فإن المفسد هو اشتراط المدة المجهولة وهو مقترن بالعقد، فبطل القول بأنهما حذفا المفسد قبل اتصاله بالعقد.

* هذا، وإذا قلنا يفسد الشرط إذا كان إلى مدة مجهولة، فهل يفسد به البيع كما يفسد الشرط؟

1 - قيل يفسد الشرط ولا يفسد العقد، وهو قول ابن أبي ليلى لحديث بريرة، لأن عائشة اشترتها وشرط عليها أهلها عتقها وولاءَها لهم، فأنكر النبي ﷺ شرط الولاء دون العتق، فقال ﷺ: «مَا كَانَ مِنْ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَهُوَ بَاطِلٌ، وَلَوْ كَانَ مِائَةَ شَرْطٍ»، ذلك أنه لما شرطوا أن يكون الولاء لهم وعلم الرسول ﷺ بذلك قال لعائشة: «خُذِيهَا واشْتَرِطِي لَهُمْ الوَلاَءَ»، ففعلت، فقام في الناس وحمد الله وأثنى عليه، ثم قال: «فَمَا بَالُ رِجَالٍ يَشْتَرِطُونَ شُرُوطًا لَيْسَتْ فِي كِتَابِ اللَّهِ تعالى، مَا كَانَ مِنْ شرطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ فهُوَ بَاطِلٌ، وَإِنْ كَانَ مِائَةَ شَرْطٍ، قَضَاءُ اللَّهِ أَحَقُّ، وَشَرْطُ اللَّهِ أَوْثَقُ، وَإِنَّمَا الوَلاَءُ لِمَنْ أَعْتَقَ»، متفق عليه، فأبطل الشرط ولم يبطل العقد، وقالوا أيضًا: ولأن العقد قد تم بأركانه، والشرط زائد، فإذا فسد وزال سقط الفاسد وبقي العقد بأركانه كما لو لم يشترط.

2 - وقيل يفسد البيع كما يفسد الشرط، وهذا هو الصحيح، لأنه عقد قارنه شرط فاسد كنكاح الشغار، ولأن البائع إنما رضي ببذله وزوال ملكه عن المبيع بهذا الثمن مع الخيار في استرجاعه، والمشتري كذلك إذا كان الشرط له، إنما رضي ببذل هذا الثمن مع الخيار في فسخه، فلو صححنا البيع من دون هذا الشرط وألزمناهما بالبيع مع إبطال الشرط، لأزلنا ملك كل واحد منهما عنه بغير رضاه، وألزمناه ما لم يرض به، والبيع من شروطه التراضي. قالوا: ولأن الشرط يأخذ قسطًا من الثمن، فإذا حذفناه لكونه باطلا وجب رد ما سقط من الثمن لأجله، وذلك مجهول، فيكون الثمن مجهولا فيفسد به العقد وهنا قول الجمهور.

المسألة الثالثة: لمن يثبت الخيار؟ لا خلاف بين الفقهاء في أن خيار الشرط يثبت للعاقدين أو لأحدهما بالشرط، ولكن الخلاف في اشتراطه لأجنبي، كأن يقول البائع: بعت لك هذه السلعة بكذا على أن الخيار لفلان، شخص يسميه، مدة كذا، ويقبل الآخر، فهذه الصورة أجازها جمهور الفقهاء: أبو حنيفة ومالك وأحمد وأصح قولي الشافعي، لأن الخيار يعتمد شرطهما ويفوض إليهما، وقد أمكن تصحيح شرطهما وتنفيذ تصرفهما على الوجه الذي ذكرنا، فلا يجوز إلغاؤه مع إمكان تصحيحه، لقول النبي

ﷺ: «المُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ»، ولأن الخيار إنما جعل لهما للحاجة، وربما دعت الحاجة إلى شرطه لأجنبي بأن يكون أعرف بالسلعة منهما، وهذا ظاهر.

فخالف في ذلك زفر من الحنفية، وهو القول الآخر للشافعي، قالوا: إن شرط الخيار لأجنبي لا يصح، لأنه أثر من آثار العقد وحكم من أحكامه، ولا يصح أن يجعل شيء من ذلك لغير العاقدين، ولأن الخيار شرع لتحصيل الحظ لكل واحد من المتعاقدين بنظره، فلا يثبت لمن لا حظ له في التعاقد.

ولكن جمهور الفقهاء يقررون أن الحق في اشتراط الخيار ثابت أولاً للعاقد، فهو حق مقرر له، فإذا جعله لغيره كان هذا بطريق الإنابة والتوكيل، والتوكيل جائز، ولا يترتب عليه جعل حقوق العقد وأحكامه لمن شرط له الخيار، ولأنه يجوز لأحد العاقدين إذا شرط لنفسه الخيار أن ينيب غيره في إمضاء العقد أو فسخه باتفاق، فإذا جاز أن ينيب غيره بعد العقد جاز له أن ينيبه في أثناء العقد.

وإذا شرطه العاقد لأجنبي وقلنا إن ذلك صحيح وهو الحق، فهل يكون الخيار للشارط باعتباره أصيلاً، أو لمن شرط له باعتباره نائبًا، أو يثبت الخيار للأجنبي فقط، فلا بد من رضاه؟ في ذلك أقوال:

القول الأول، وهو المعتمد عند المالكية والشافعية: إن الكلام في إمضاء البيع وعدمه لمن جعل له الخيار، فمن اشترى سلعة على خيار فلان أو رضاه، أو باع سلعة على خياره أو رضاه، فليس له أن يستقل بإمضاء البيع وفسخه، سواء كان بائعًا أو مشتريًا، بل لا بد من رضا فلان أو اختياره لإمضاء البيع أو رده. وحاصله أنه إذا اختلف البائع مع من جعل له البائع الخيار، أو اختلف المشتري مع من جعل له المشتري ذلك، فالقول في الإمضاء والرد قول الأجنبي المشترط له، سواء اشترط خياره البائع أو المشتري، وذلك لأن ثبوت الخيار بالشرط فلا يكون إلا لمن شرط له، ولأن مَن شرط الخيار أو الرضا للغير مُعْرِضٌ عن نظر نفسه بالكلية فلا استقلال له بالإمضاء أو الرد.

القول الثاني: للمشترط الاستقلال في إمضاء البيع أو رده إن كان بائعًا، ولا كلام للأجنبي المشترط له، وإن كان المشترط هو المشتري فالقول للأجنبي، فليس للمشتري الاستقلال دون من شرط له الخيار لا في الإمضاء ولا في الرد. وحاصله الفرق بين البائع والمشتري.

القول الثالث: لمن أراد منهما إمضاء البيع الاستقلال به دون من شرط له الخيار، سواء كان بائعًا أو مشتريا، وليس له الاستقلال في رد البيع بائعا كان أو مشتريا، بل القول في الرد لمن شرط له الخيار.

القول الرابع: إن من جعل له الإمضاء أو الرد كالوكيل للمشتري في الرد والإمضاء، فمن سبق منهما بإمضاء أوردّ اعتبر فعله.

وحاصله أن الشارط له الاستقلال بإبرام البيع أو رده بائعًا كان أو مشتريًا ما لم يسبقه الأجنبي المشروط له بفعل مغاير لما حصل من الشارط، وقيل أيضًا: إن اشترطه البائع فالقول قول من أراد الإمضاء من البائع المشترط والأجنبي الذي شرط له، وإن اشترطه المشتري فالقول قول الأجنبي، هذا، والمعتمد القول الأول.

وإذا لم نُثْبِت الخيار للشارط مع الأجنبي بل خصصنا به الأجنبي المشروط له فمات الأجنبي في زمن الخيار، فهل يثبت للشارط وينتقل حق إمضاء البيع أو رده إليه؟ في ذلك قولان: أصحهما ثبوته للشارط إذا مات من شرط له الخيار كما يثبت للوارث، لأنه حق ثابت لإصلاح المال، فلا يسقط بالموت، وثاني القولين: لا يثبت له، لأنه ليس بوارث، والصحيح الأول، لأن الخيار المشروط للأجنبي إنما هو لمصلحة الشارط، وإنما جعله لأجنبي لأن الحاجة دعت إلى ذلك بأن يكون أعرف بالمتاع منه، فإذا مات الأجنبي انتقل إليه حق الإمضاء أو الرد كما ينتقل إلى الوارث، بل انتقاله إلى الشارط أولى.

*** جنون من له الخيار، أو الإغماء عليه:**

إذا جن من له الخيار وعلم أنه لا يفيق أو يفيق بعد طول يضر الصبر إليه بالآخر، نظر السلطان في الأصلح، له فيفعل ما فيه الحظ من الفسخ والإجازة للبيع.

وأما إن علم إفاقته بقرب بحيث لا يضر الصبر إليه على الآخر، فإنه تنتظر إفاقته ولا ينظر الحاكم أمره.

وأما من أغمي عليه في زمن خياره، فقيل ينتظر لإفاقته لينظر لنفسه، فإن طال إغماؤه حتى مضى زمن الخيار بما يحصل به الضرر للآخر فسخ البيع، ولا ينظر له الحاكم، وقيل حكمه كالمجنون، فينظر له الحاكم.

* إذا مات من له الخيار، هل يبطل خياره؟

إذا مات من له الخيار انتقل الخيار لوارثه، إذا لم يكن معه غريم، أوكان معه غريم ولكن لم يحط الدين بمال الميت، فإن أحاط دين الغريم بمال الميت انتقل المال لغريمه، فلا كلام للوارث مع الغريم.

وانتقال الخيار إلى الوارث قول المالكية والشافعية، لأنه حق ثابت لإصلاح المال، فلم يسقط بالموت كالرهن، وحبس المبيع على الثمن، وقياسا على الأجل، وخيار الرد بالعيب، فإنهما ينتقلان إلى الوارث باتفاق، ولأن خيار الشرط حق فسخ فينتقل إلى الوارث قياسًا على الفسخ بالتحالف، فإنه ينتقل إلى الوارث إذا مات من له الفسخ.

وذهب الحنفية والحنابلة إلى أن خيار الشرط لا يورث، لأنه رغبة ومشيئة، ومثل هذا لا يخلف الوارث فيه المورث، ولأنه حق فسخ لا يجوز الاعتياض عنه، فلم يورث كخيار الرجوع فيما وهب الأب لابنه، فإذا وهب الأب لابنه شيئا فإن الشرع جعل له حق الرجوع فيما وهبه، فإن مات الأب فليس لورثته خيار في رد ما وهبه لابنه، فخيار الرجوع عما وهبه الأب لا يورث باتفاق، فكذلك خيار الشرط.

وأجيب بأنه قياس مع الفارق فلا يصح، لأن خيار الأب في رد هبته راجع إلى صفة في الأب لا توجد في غيره وهي الأبوة، فامتنع أن يورث، وهذا بخلاف خيار الشرط، فإنه يرجع إلى صفة في العقد ثابتة لإصلاح المال، ولا يوجد ما يمنع نقله إلى الوارث، فلا يسقط بالموت.

هذا وقد أبان ابن رشد الحفيد سبب الخلاف في هذا الموضع فقال: إن الأصل عند المالكية والشافعية هو أن الحقوق تورث كالأموال، إلا ما قام الدليل على مفارقة الحق في هذا المعنى للمال، وأن الأصل عند الحنفية هو أن يورث المال دون الحقوق إلا ما قام دليله من إلحاق الحقوق بالأموال، فموضع الخلاف هو: هل الأصل أن تورث الحقوق كالأموال أو لا؟ ثم إنه لما بين اختلافهم في وراثة بعض الخيارات، كخيار الشرط وخيار الشفعة وخيار الإقالة، واتفاقهم على البعض الآخر، كخيار الرد بالعيب وخيار القصاص وخيار الرهن، قال: «إن سبب اختلافهم أن من انقدح له في شيء منها أنه صفة للعقد ورَّثَهُ، ومن انقدح له أنه صفة خاصة بذي الخيار لم يورثه»[1].

---

(1) بداية المجتهد ونهاية المقتصد، جـ 2، ص 212، ط. الثامنة.

مثال ذلك: أن تقول المالكية والشافعية إنما قلنا إن خيار الأب في رد هبته لا يورث، لأن ذلك خيار راجع إلى صفة في الأب لا توجد في غيره وهي الأبوة، فوجب أن لا يورث، ولا يرجع إلى صفة في العقد، وإذا قلنا يثبت الخيار للوارث - وهو الصحيح - وتعدد وارثه، فليس لهم إلا أن يأخذوا أو يردوا جميعا وليس لهم التبعيض، فيجبر مريد الإمضاء على الرد، مع الراد لأن القياس يقتضي رد الجميع إذا اختلفوا فأجاز البعض ورد البعض، لما في التبعيض من ضرر الشركة.

والقياس المذكور هو قياس الوارث على المورث، فكما أن من ورثوا الخيار عنه إذا اشترى شيئا بالخيار، ثم في زمن الخيار أجاز البيع في البعض ورده في البعض، فإنه يجبر على رد الجميع حيث لم يرض البائع بالشركة، فكذلك ورثته إذا رد بعضهم البيع وأجاز بعضهم، فإن المجيز يجبر على الرد كغيره قياسًا على مورثه، لأنه لما كان الخيار للمشتري وانتقل الحق في الخيار لورثته، وقد أسقط بعضهم حقه منه وطلب الرد، فللبائع أن يقول للمجيز: إن صاحبك أسقط حقه وصار الآن لا حق لأحد في السلعة إلا أنا وأنت، لأن نصيب الراد يعود لملك البائع، وقيامك أنت بحقك موجب لضرري من تبعيض السلعة، وليس لك أخذها كلها، لأن صاحبك لم ينتقل حقه لك، بل أسقطه وانتقل لي، فحينئذ يقضى برد الجميع.

هذا هو القياس، ولكن الذي يقتضيه الاستحسان أن يأخذ المجيز جميع السلعة فَيُمَكَّن من أراد الإجازة من أخذ نصيب الراد، ويدفع جميع الثمن للبائع ليزول ضرر التبعيض إن شاء المجيز ذلك، وإلا وجب رد الجميع للبائع، إلا أن يرضى بالتبعيض فله ذلك.

وورثة من باع بخيار ومات قبل مضيه ينزّل المجيز منهم منزلة الراد من ورثة المشتري، والراد منزلة المجيز، فقياس ورثة البائع على مورثهم يقتضي إجازة الجميع إن أجاز بعضهم، وذلك لأن المورث إذا باع بخيار له ثم إنه في زمن الخيار أجاز البيع في البعض وامتنع المشتري لضرر الشركة، فإنه يمضي البيع في الجميع وتدفع السلعة بتمامها للمشتري لدفع ضرر الشركة، فكذلك ورثته إذا أجاز بعضهم البيع ورده بعضهم.

وإذا انتقل الخيار للورثة وكانوا أطفالا أو مجانين، نصَّب القاضي من يفعل ما هو المصلحة لهم من فسخ العقد أو إجازته.

ولو فقد صاحب الخيار أو أسر فكالمجنون، ينظر الحاكم فيما هو أصلح له من إجازة البيع أو رده، ثم إذا ناب الحاكم عن المجنون أو المفقود أو الأسير أو الأطفال وحكم

بالأصلح من رد البيع أو إمضائه، ثم أفاق المجنون أو ظهر المفقود أو أطلق الأسير وبلغ الطفل، واختاروا خلاف ما اختار لهم الحاكم فلا يعتبر ما اختاروه، بل ما نظره الحاكم هو المعتبر، فلا ينقض حكمه بالاجتهاد، إذ لا ينقض الاجتهاد بمثله.

المسألة الرابعة: في العقود التي يدخلها خيار الشرط: هذا الخيار ثبت ابتداء في عقد البيع، وفيه ورد حديث شرعيته، ولا خلاف في ثبوته في البيع الذي لا يشترط فيه القبض في المجلس، ويلحق به كل ما في معناه. وما في معنى البيع هو العقود اللازمة القابلة للفسخ التي لا يشترط في صحتها القبض في المجلس، فيثبت الخيار في صلح المعاوضة لأنه بيع بلفظ الصلح، وفي الهبة بعوض لكونها في معنى البيع أيضًا، ويثبت كذلك في الإجارة في الذمة كأن يقول استأجرتك لتخيط لي الثوب على أن يكون لي خيار مدة كذا فيصح هذا الشرط، لأن الإجارة بيع المنافع فأشبهت بيع الأعيان. فأما الإجارة المعينة، فإن كانت مدتها من حين العقد كأن يقول استأجرتك لتخيط هذا الثوب في هذه الساعة فلا يدخلها خيار الشرط، لأن دخولها يفضي إلى فوات بعض المنافع المعقود عليها، إذ ثبوت الخيار يؤخرها، والفرض أن مدتها من حين العقد، أو يفضي إلى استبقاء المنفعة في مدة الخيار، وكلا الأمرين لا يجوز.

ويثبت في قسمة المراضاة، وهي أن يأخذ كل واحد حصة من المشترك يرضى بها من دون قرعة، فهي كالبيع، لأن من صار له شيء ملك ذاته، فيجوز اشتراط الخيار فيها لكونها في معنى البيع.

هذا في العقود اللازمة من الجانبين كالأمثلة التي ذكرناها، أما العقود اللازمة من جانب واحد كالكفالة، عند من يرى لزومها للكفيل كالمالكية، وكالرهن إذا شرطه الراهن فإنه لازم في جانبه، فهل يصح خيار الشرط في هذا؟

قيل يجوز اشتراط الخيار في العقود اللازمة من جانب واحد يشترطه من تلزمه عند التعاقد كالكفيل والراهن، وقيل لا يجوز، لأن الراهن يستغني عن الشرط بثبوت الخيار له إلى أن يقبض الرهن، إذ الرهن لا يتم إلا بالقبض ﴿فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ﴾[1]، فهو مستغن عن اشتراط وقت للتروي الذي لأجله شرع الخيار، والقول الأول أولى.

---

(1) سورة البقرة، الآية 283.

وأما العقود غير اللازمة، كالوكالة، والوديعة، والعارية، والهبة، والوصية، لا تقبل خيار الشرط، لأنها قابلة للفسخ من أحد العاقدين من غير شرط، فلا معنى لاشتراطه فيها عند العقد.

والعقود اللازمة التي لا تقبل الفسخ كالزواج والخلع والرجعة فلا يثبت فيها الخيار، لأن الخيار إنما يثبت لمعرفة الحظ في كون العوض جابرا لما يذهب من ماله، والعوض هاهنا ليس هو المقصود، ولأن مقتضى هذه العقود ترتب آثارها عليها ولزومها بمجرد وجود العبارة الدالة على إنشائها، وخيار الشرط يؤخر ثبوت الآثار بالنسبة إلى من ثبت له، أو يؤخر اللزوم على خلاف سيأتي، فهذه العقود بطبيعتها تأبى قبول الخيار للمنافاة التامة بينهما، ولأن النكاح لا يقع إلا بعد روية ونظر غالبًا فلا يحتاج إلى الخيار بعده، ولأن في ثبوت الخيار فيه ضررا لما يلزم من رد المرأة بعد ابتذالها بالعقد، وذهاب حرمتها بالرد، وإلحاقها بالسلع المبيعة، ولهذا لم يثبت في النكاح خيار الرؤية أيضًا.

والعقود التي تقبل الفسخ ولكن يشترط في صحتها القبض لا يدخلها خيار الشرط، فالبيوع التي يشترط فيها قبض العوضين في المجلس كالصرف وبيع الطعام بالطعام، أو يشترط فيها القبض في أحد العوضين كالسلم، لا يجوز اشتراط الخيار فيها بلا خلاف، لأن موضوع هذه العقود على أن لا يبقى بين العاقدين علقة بعد التفرق، بدليل اشتراط القبض في المجلس، وثبوت الخيار يُبْقِي بينهما علقة، لأن الخيار يؤخر الأحكام، ومنها وجوب القبض في المجلس، وعدم القبض مفسد لهذه العقود، فيكون بين الخيار وصحة تلك العقود منافاة، فلا يصح اشتراطه.

المسألة الخامسة: هل يشترط لنفاذ الاختيار علم الطرف الآخر؟ إذا ثبت الخيار لأحد العاقدين ملك إمضاء العقد أو فسخه في أي وقت شاء في مدة الخيار، فلا يشترط لنفاذه حضور صاحبه ولا رضاه ولا علمه، وسواء كان الخيار بالقول أو بفعل يدل عليه، وهذا مذهب الجمهور: مالك والشافعي وابن حنبل وأبي يوسف.

وخالف أبو حنيفة ومحمد بن الحسن في صورة الفسخ بالقول، فشرطا لنفاذه أن يكون بحضرة الطرف الآخر، أو أن يعلم به قبل انقضاء مدة الخيار، فإذا لم يتحقق ذلك الشرط وانقضت مدة الخيار لزم العقد، ولا يترتب على هذا الخيار أي أثر.

والمذهب الأول هو الصحيح، لأن الفسخ رفع عقد لا يفتقر إلى رضا صاحبه، فلم يفتقر إلى حضوره، كالطلاق فإنه مجمع على نفوذه بغير حضورها.

أما أبو حنيفة، فالحجة له في اشتراط حضور الطرف الآخر أو علمه لصحة الفسخ:

أولا: قياس البيع على الوديعة، فإن المستودع إذا فسخ الوديعة من غير حضور مالكها لم يصح الفسخ، لأن الأمانة لا تفسخ بالقول، فكذلك البيع لا يفسخ إلا بحضور الطرف الآخر أو علمه.

وأجيب بأنه منقوض بالطلاق، فإنه ينفذ باتفاق بغير علم المرأة.

ثانيا: إن الفسخ من غير إعلام الطرف الآخر قد يلحق به ضررًا، لأن المشتري قد يتصرف في المبيع ظنًّا منه أن البائع باق على عقده، فيجب عليه الضمان، والبائع قد يسكت عن البحث عن مشتر آخر لسلعته اعتقادًا منه أن المشتري لم يفسخ العقد، فاشتراط العلم من الطرف الآخر يمنع وقوع هذا الضرر.

ولا شك أن المذهب الأول أوجه، لأنه متى ثبت باتفاق العاقدين حق الفسخ فلا معنى لتقييده بشيء آخر بعد ذلك، وما ذكروه من احتمال تصرف المشتري في المبيع غير صحيح، إذ كيف يتصرف في المبيع والحال أن البائع له حق الفسخ، ولايجوز له التصرف فيه ما دام الخيار للبائع إلا إذا أجاز البائع العقد أو مضت المدة من غير اختيار؟

هذا إذا كان الخيار لواحد، أما إذا كان لهما معا، فإن كل واحد منهما يملك إمضاء العقد وفسخه، فإذا فسخه أحدهما انتهى العقد ولم يبق لخيار الآخر وجه، لأن بقاءه كان مرهونًا ببقاء العقد، فلما زال العقد سقط ذلك الخيار، وإذا أمضاه أحدهما بقي الآخر على خياره لوجود العقد، فإن أمضاه نفذ ولزم، وإن فسخه بطل، لأن حق كل منهما تام ومستقل عن الآخر.

المسألة السادسة: في حكم نقد الثمن في بيع الخيار: ذهب الأكثرون إلىأنه لا بأس في بيع الخيار من نقد الثمن أي تسليمه إلى البائع في مدة الخيار، كما يجوز تسليم المبيع إلى المشتري في مدة الخيار، وحجة هذا القول أن قبض الثمن أو المبيع حكم من أحكام العقد، فجاز في مدة الخيار كالفسخ والإمضاء، ولأنه لا ضرر في قبضه في مدة الخيار، وما لا ضرر فيه لا يمنع منه، لأن امتناع التسليم قبل انقضاء الخيار لحق المتعاقدين، فإذا تراضيا عليه جاز كالإقالة وغيرها.

وذهب مالك إلى أن نقد الثمن أي تسليمه للبائع لا يجوز في مدة الخيار إذا كان ذلك بشرط، بل مجرد اشتراط النقد مسقط للخيار وإن لم ينقد بالفعل، فإن كان نقد الثمن تطوعًا بعد العقد فلا بأس به.

وحجة مالك في المنع أن قبض الثمن بشرط تصرف، ولا يجوز التصرف فيه قبل انقضاء الخيار، والآخرون لا يسلمون أن مجرد قبض الثمن تصرف فيه، بل المقصود من التسليم الخلاص من عهدة الضمان.

واحتج مالك أيضًا بأن اشتراط تسليم الثمن في زمن الخيار في معنى بيع وسلف، فإنه إذا سلم إليه الثمن ثم فسخا البيع استرجع الثمن منه، فيصير كأنه أقرضه الثمن واسترجعه منه، أي أن الثمن المدفوع متردد بين كونه سلفًا في حالة عدم إتمام البيع، وكونه ثمنًا إذا تم البيع، فكان اشتراط نقد الثمن في زمن الخيار في معنى بيع وسلف، وقد نُهِيَ عن بيع وسلف، قال ابن رشد الحفيد: وفيه ضعف[1].

والآخرون يقولون: إنما يلزم ذلك لو أجزنا له التصرف في الثمن الذي قبضه، والتصرف فيه لا يجوز، لأنه لم يدخل في ملكه. والقائلون بجواز نقد الثمن يرون أيضًا أن تسليم الثمن إلى البائع وتسليم المبيع إلى المشتري لا يسقط خيارهما، أما عند مالك فإن مجرد اشتراط نقد الثمن يسقط الخيار.

المسألة السابعة: في الأمور التي ينقطع بها الخيار: إذا مضت مدة الخيار المشترطة أو الشرعية ولم يفسخ من له الخيار لزم المبيع من هو بيده من بائع أو مشتر، سواء كان الخيار لهما أو لأحدهما، ولو كان المبيع بيد من ليس له الخيار. فإن كانت السلعة بيد البائع لزمه رد البيع، وإن كانت بيد المشتري لزمه الإمضاء، ولمن بيده المبيع رده بعد انقضاء مدة الخيار في اليوم واليومين. هذا مذهب مالك.

هذا، ولا يقبل ممن له خيار بعد زمنه دعواه أنه قبل المبيع في أيام الخيار، ليأخذه ممن هو بيده أو يلزمه لمن ليس في يده، أو دعواه أنه رد المبيع ليلزمه لبائعه، أو ليأخذه البائع إن كان الخيار له، لا يقبل ذلك كله إلا ببينة تشهد له بما ادعاه.

وأما غير المالكية من الفقهاء فقالوا: إذا انقضت المدة ولم يفسخ من له الخيار بطل الخيار ولزم العقد، سواء كان المبيع بيد من له الخيار أو بيد من ليس له. فلو كان المبيع في

---

(1) بداية المجتهد لابن رشد الحفيد جـ 2 - ص 158، ط الثامنة.

مدة الخيار بيد البائع ومضت المدة ولم يفسخ من له الخيار لزم العقد، فتسلم السلعة للمشتري ولو لم تكن بيده في زمن الخيار، وذلك لأن المدة ملحقة بالعقد فبطلت بانقضائها كالأجل، ولأن ثبوت الخيار حكم مؤقت ففات بفوات وقته كسائر المؤقتات، ولأن البيع في الأصل يقتضي اللزوم، وإنما يختلف موجبه بالشرط، ففيما لم يتناوله الشرط يثبت موجبه لزوال المعارض، ويقطع الخيار كذلك، ويلزم البيع بكل ما يدل على الإمضاء أو الرد قولا كان أو فعلا:

أما القول: فيحصل الفسخ والإجازة بكل لفظ يفهم منه ذلك، كقول من له الخيار في الفسخ: فسخت البيع أو رددته، وكقول البائع: استرجعت المبيع، أو رددت الثمن، ونحو ذلك، والإجازة كقوله: أجزت البيع وأمضيته، أو أنفذته، أو اخترت نفاذه، أو لا أريد فسخه، أو أسقطت الخيار وأبطلته، ومثله طلب البائع الذي له الخيار حلول الثمن المؤجل، وطلب المشتري الذي له الخيار تأجيل الثمن الحال، كل ذلك فسخ للعقد.

وأما الفعل: فكل ما يدل منه على الرضا أو الرد ينقطع به الخيار، فتصرف البائع في المبيع زمن الخيار تصرفًا يفتقر إلى الملك يعتبر إبطالا للخيار، لأن تصرفه هذا يدل على رغبته في المبيع، فكان فسخًا للبيع كصريح القول، لأن صريح القول إنما كان فسخًا للبيع لدلالته على الرضا، فما دل على الرضا به يقوم مقامه، فإذا باع شخص سيارة لآخر على أنه بالخيار، وفي مدة الخيار باعها لشخص غير الأول أو رهنها، فإن هذا يكون فسخًا للعقد الأول، ومثل ذلك هبته ووقفه وتسويقه، أي إيقافه في السوق للبيع ولو لم يبع، وركوب الدابة لحاجته لا ليختبرها، وسكنى الدار ورمُّها، وحصاد الزرع، وتعمد الجناية على المبيع، فما وجد مما ذكر فهو رغبة في المبيع، فيكون فسخًا للبيع.

وكذا تصرف المشتري بما ذكر في البائع، فإذا تصرف المشتري المشروط له الخيار في المبيع محل العقد تصرف المالك، بأن آجره لغيره أو رهنه أو باعه أو وهبه أو وقفه، يعتبر ذلك منه إمضاء للعقد، فيبطل خياره، وأما ما يستعلم به المبيع كسكنى دار يسيرًا لغرض الاختبار، وكركوب السيارة والدابة ليختبر فراهتها، والطحن على الرحى ليعلم قدر طحنها، وحلب الشاة ليعلم قدر لبنها، ونحو ذلك، فليس برضا بالمبيع ولا يبطل خياره، لأن ذلك هو المقصود بالخيار، وهو اختبار المبيع.

المسألة الثامنة: في أثر الخيار في العقد: لا خلاف بين الفقهاء في أن الخيار يؤثر في العقد فيمنع لزومه بالنسبة إلى من له الخيار حتى يبت فيه بالإمضاء فيلزم، ولكنهم اختلفوا في أن هذا العقد هل تترتب عليه آثاره وأحكامه أو لا؟

1 - فذهب مالك إلى أن أحكام العقد لا تترتب على بيع الخيار ما دام الخيار قائمًا، فلا ينتقل الملك حتى ينقضي الخيار، فإذا كان الخيار للبائع لا يخرج المبيع عن ملكه ولا يجبر المشتري على دفع الثمن ، وإذا كان الخيار للمشتري لا يخرج الثمن عن ملكه، ولا يلزم البائع بتسليم المبيع إليه، وهذا أيضًا أحد أقوال الشافعي وإحدى الروايتين عن أحمد بن حنبل.

ووجه هذا الرأي:

أولا: إنه لا يملك التصرف بالمبيع إلا بعد انقضاء الخيار، فدل على أنه لا يملك إلا بعد انتهائه.

ثانيا: إن البيع الذي فيه الخيار عقد قاصر فلم يصلح لنقل الملك كالهبة قبل القبض.

ثالثا: إن الخيار منع لزوم العقد باتفاق، والأحكام التي تترتب على العقد اللازم غير الأحكام التي تترتب على العقد غير اللازم، فلو قلنا بترتب أحكام العقد اللازم على العقد المشروط فيه الخيار لكنا مرتبين أحكامًا عليه غير أحكامه.

رابعًا: إن مَنْ شَرَطَ الخيار لنفسه لم يتم رضاه بالعقد، والأحكام لا توجد إلا مع الرضا التام.

2 - وذهب أبو حنيفة وأصحابه إلى أن من له الخيار لا يخرج الشيء الذي تعلق به العقد عن ملكه، ومن لا خيار له بالعكس يخرج الشيء عن ملكه، ولكن هل يدخل في ملك الآخر، وهو صاحب الخيار؟ اختلفوا فيه:

فقال أبو حنيفة: لا يدخل في ملك الآخر، فإذا كان الخيار للمشتري وحده خرج المبيع عن ملك البائع لأنه لا خيار له، ولكن لم يدخل في ملك المشتري أيضًا لئلا يجتمع البدلان في ملك واحد، وليس له نظير في الشرع، بل يبقى موقوفًا حتى يبت في العقد، فإن أمضى ظهر أنه دخل في ملكه من حين صدور العقد، وإن فسخ ظهر أنه ملك لصاحبه.

ونوقش رأي أبي حنيفة بأنه يفضي إلى وجود ملك لا مالك له وهو محال، ويفضي إما إلى ثبوت الملك للبائع في الثمن من غير حصول عوضه للمشتري، أو يفضي إلى نقل ملك البائع عن المبيع من غير ثبوته في عوضه، وكون العقد معاوضة يأبى ذلك. ولهذا خالفه صاحباه فقالا: من لا خيار له يخرج الشيء عن ملكه ويدخل في ملك الآخر الذي له خيار، وذلك تفاديا من وجود متقوم لا مالك له .

3 - وذهب الشافعي في أحد أقواله إلى أن الملك موقوف في زمن الخيار، فإن تم البيع حكمنا بأنه كان للمشتري بنفس العقد، وإن فسخ تبينا أن ملك البائع لم يزل، وهكذا يكون الثمن أيضًا موقوفًا على هذا القول. وحجة هذا القول أنه لا يجوز أن يملك بالعقد وحده، لأنه لو ملك بالعقد لملك التصرف، ولا يجوز أن يملك بانقضاء الخيار، لأن انقضاء الخيار لا يوجب الملك فثبت أنه موقوف.

4 - وذهب الحنابلة في أظهر القولين عندهم **والشافعي في قوله الثالث** إلى أن الأحكام تترتب على العقد المشروط فيه الخيار، فينتقل إلى المشتري بنفس العقد، سواء كان الخيار لهما أو لأحدهما، أيهما كان بائعًا أو مشتريًا، لأنه عقد معاوضة يوجب الملك عقيبه كالذي لا خيار فيه، وذلك سبب صحيح لترتب الأحكام عليه، ولا يوجد مانع يؤخر ثبوت هذه الأحكام، وثبوت الخيار فيه لا ينافي الملك، كما لو باع عرضا بعرض فوجد كل واحد منهما بما اشتراه عيبا، فإن ملكهما قائم مع ثبوت خيار العيب لهما.

قالوا: القول بأنه عقد قاصر غير صحيح، لأن جواز فسخه لا يوجب قصوره ولا يمنع نقل الملك كبيع المعيب، وامتناع التصرف إنما كان لأجل حق الغير، فلا يمنع ثبوت الملك كالمرهون والمبيع قبل القبض، وقول أبي حنيفة إنه يخرج من ملك من لا خيار له ولا يدخل في ملك من له خيار، علمت ما فيه.

وقالوا: وقول أصحاب الشافعي إن الملك موقوف، إذا أمضينا البيع تبينا أنه انتقل وإلا فلا، هذا أيضًا غير صحيح، فإن انتقال الملك إنما ينبني على سببه الناقل له وهو البيع، وذلك لا يختلف بإمضائه وفسخه، فإن إمضاءه ليس من المقتضي ولاشرطا فيه، إذ لو كان كذلك لما ثبت الملك قبله، والفسخ ليس بمانع، فإن المنع لا يتقدم المانع، كما أن الحكم لا يسبق سببه ولا شرطه، ولأن البيع مع الخيار سبب يثبت الملك عقيبه فيما إذا لم يفسخ، فوجب أن يثبته وإن فسخ كبيع المعيب.

المسألة التاسعة: في ثمرة هذا الخلاف: وثمرة الخلاف تظهر في مؤنة المبيع والزيادة فيه.

فعلى الرأي الأول - رأى مالك وموافقيه - إن ملك المبيع بخيار للبائع في زمن الخيار، لأن بيع الخيار منحل، فإمضاء العقد نقل للمبيع من ملك البائع لملك المشتري لا تقرير لملك المشتري، فالخيار على هذا مشترط لإيقاع الفسخ لا لتتميم البيع، وعلى هذا، فالغلة الحاصلة من المبيع في زمن الخيار من لبن وسمن وبيض، وأرش ما جنى أجنبي على المبيع بالخيار..، كل ذلك للبائع ولو كان الخيار لغيره.

ويستثني من ذلك الولد الحاصل زمن الخيار، فإنه لا يكون للبائع، لأن الولد كجزء المبيع لا غلة، فهو كالجزء الباقي من المبيع، بخلاف أرش الجناية فإنه كجزء فات وهو على ملك البائع، ومثل الولد في ذلك الصوف تاما كان أو غير تام، فالولد والصوف للمشتري إذا تم له الشراء.

ونفقة المبيع ومؤنته مدة الخيار على البائع، والضمان في زمن الخيار من البائع لقاعدة «الخراج بالضمان»، و«من له الغنم عليه الغرم».

ولو قبض المشتري المبيع بالخيار وادعى ضياعه زمن الخيار ضمن فيما يغاب عليه، كَحُلِيٍّ وثياب قياسا على الرهن والعارية، إلا أن تشهد بينة بضياعه بلا تفريط من المشتري فلا يضمن.

وفي غير ما يغاب عليه كالحيوان يحلف المشتري حيث ادّعى تلفه أو ضياعه بعد قبضه متهما كان أم لا، والمتهم يحلف قائلا لقد ضاع وما فرطت، وغير المتهم يقول: ما فرطت فقط. وهذا ما لم يظهر كذب المشتري في دعواه الضياع، وإلا فإنه يضمن ولا يقبل منه اليمين، كأن يقول: ضاع يوم كذا، فتشهد البينة على رؤيته عنده بعد ذلك اليوم، أو تشهد عليه أنه أتلفه أو أكله أو باعه، فلا يقبل منه اليمين، بل يلزمه الضمان.

وإذا نكل عند توجه اليمين عليه، فإن كان الخيار للبائع غرم المشتري الأكثر من الثمن الذي وقع به البيع أو القيمة. وإنما لزمه الأكثر لأن من حق البائع اختيار الإمضاء إن كان الثمن أكثر، واختيار الرد إن كانت القيمة أكثر، وهذا ما لم يحلف في صورة ما يغاب عليه أنه ما فرط في ضياعه، فيغرم الثمن خاصة إن قل عن القيمة، فإن كان الثمن أكثر من القيمة أو مساويا لها ضمن الثمن من غير يمين، لأنه إذا ساوى الثمن القيمة أو كان أكثر منها لم تتوجه عليه اليمين إذ لا ثمرة لها حينئذ.

وإذا كان الخيار للمشتري وقبض المبيع وغاب عليه وادعى ضياعه أو تلفه، فإنه يضمن الثمن فقط لأنه يعد راضيًا، ولو كان الخيار لهما، فالظاهر تغليب جانب البائع لأن الملك له، وحينئذ فيضمن المشتري الأكثر من الثمن والقيمة إن لم يحلف ما فرط، وإلا ضمن الثمن فقط.

هذا كله على الرأي الأول القائل بأن الملك في بيع الخيار لا ينتقل إلى المشتري، وأحكام العقد لا تترتب على بيع الخيار ما دام الخيار قائمًا.

وأما على القول بأن الملك في بيع الخيار ينتقل بنفس العقد إلى المشتري، فإن ما يحصل من غلات المبيع ونمائه في مدة الخيار فهو للمشتري، سواء أمضيا العقد أو فسخاه، واستدلوا:

أولا: بقوله ﷺ: «الخَرَاجُ بِالضَّمَانِ»، صححه الترمذي، وهذا من ضمان المشتري فيجب أن يكون خراجه له.

ثانيا: إن المِلْكَ عندهم ينتقل بالبيع - كما هو مذهبهم - فيجب أن يكون نماؤه للمشتري كما بعد انقضاء الخيار، هذا في النماء المنفصل.

وأما النماء المتصل فهو تابع للمبيع بكل حال، كما يتبعه في الرد بالعيب والمقايلة، وضمان المبيع على المشتري إذا قبضه، فإن تلف أو نقص أو حدث به عيب في مدة الخيار فهو من ضمانه، لأنه ملكه وغلته له، فكان من ضمانه كما بعد الخيار، ومؤنته عليه.

وإن اشترى حاملا فولدت عنده في مدة الخيار ثم ردها على البائع ولم يتم البيع لزمه رد ولدها، لأنه مبيع حدثت فيه زيادة متصلة فلزمه رده بزيادته، كما لو اشترى فرسين فسمن أحدهما عنده.

والخلاصة: أن من يقول إن الملك في زمن الخيار للبائع ولا ينتقل إلى المشتري، يجعل غلة المبيع ونماءه الحاصل قبل الإمضاء أو الفسخ للبائع، ونفقة المبيع ومؤنته وضمانه من البائع، عملا بقاعدة «الخراج بالضمان»، وهذا مذهب مالك ومن وافقه.

وأن من ذهب إلى أن ملك المبيع بالخيار ينتقل بنفس العقد إلى المشتري سواء كان الخيار لهما أو لأحدهما، يجعل ما يحصل من غلات المبيع ونمائه المنفصل للمشتري، لأن القاعدة: «الخراج بالضمان» و«من له الغنم عليه الغرم»، ولأن النماء حصل في ملكه

فيكون له والضمان عليه، ومن قال: الملك في زمن الخيار موقوف يقول: الغلة والنماء للمشتري إذا تم له البيع، لأن سبب زوال ملك البائع موجود حال وجود الزيادة، فلم يجعل لها حكم وجعلت تابعة للعين، وكانت لمن استقر ملك العين له. وهذا أحد أقوال الشافعي.

المسألة العاشرة: فيما يفسد به الخيار: يفسد الخيار بأحد أمور:

1 - شرط مدة مجهولة، كإلى قدوم فلان، ووقت قدومه لا يعلم، أو مشاورة شخص بعيد لا يقدم إلا بعد مدة الخيار بكثير، فيفسد البيع المحتوي على هذا الخيار، ولو أسقطا الشرط.

2 - وبشرط لبس ثوب أو ركوب سيارة أو نحو ذلك في مدة الخيار إذا كان ذلك اللبس أو الاستعمال المذكور منقصًا، وأما إن كان يسيرا لغرض قياس الثوب أو اختبار السيارة فلا يضر، وهذا عند المالكية.

3 - وبشرط نقد الثمن أي التسليم عاجلا، للتردد بين السلفية والثمنية، وإن لم ينقد بالفعل، بخلاف التطوع بالنقد بعد العقد فلا يضر. وهذا عند المالكية.

4 - وباشتراط مدة بعيدة على مدته الشرعية، وهذا عند من يرى من الفقهاء تقدير مدة الخيار بثلاثة أيام كما يراه أبو حنيفة والشافعي، أو تقدر بقدر الحاجة لاختبار كل سلعة كما يراه مالك، أما من لم يشترط تقديره للخيار بالثلاثة أو حاجة السلعة فيكفي عنده كون المدة معلومة.

ب - خيار النقيصة[1]:

وهو الخيار الذي يثبت بفوات أمر مظنون نشأ الظن فيه، من التزام شرطي، أو قضاء عرفي، أو تغرير فعلي، أو خداع مالي، وهو قسمان:

القسم الأول: في نقيصة الشروط والعيوب والتغرير.

والنظر إما في أسبابه والأحكام المترتبة عليه، أو الموانع المبطلة له.

---

1 - من مراجع هذا البحث:

الذخيرة للقرافي جـ 5 ص 52 - 144 ، وبداية المجتهد جـ 2 ص 131 - 138، ومواهب الجليل جـ 4 ص 427 وما بعدها، والشرح الكبير بحاشية الدسوقي جـ 3. ص 180 - 140، والمغني لابن قدامة مع الشرح الكبير جـ 4 ص 85 وما بعدها .

– النظر الأول في أسبابه والأحكام المترتبة عليه:

* السبب الأول: الشرط: وهو الأصل في الخيار لأنه تصريح أو كالتصريح، وما عداه من الأسباب ملحق به تنزيلا للسان الحال منزلة لسان المقال.

فمهما شرط عند العقد وصفًا في المعقود عليه يتعلق بفواته نقصان غرض للمشتري فيه مالية، بأن كان الثمن يزيد عند وجوده ويقل عند عدمه، ثبت الخيار له بفواته.

وإن شرط ما فيه غرض ولكن لا مالية فيه فقولان، الراجح ثبوت الخيار له فيه عند عدم الوفاء، كمن اشترى جارية فشرط كونها نصرانية فوجدها مسلمة، وادعى أنه إنما شرط ذلك لرغبته تزويجها لعبده النصراني، وهذا غرض.

وإن شرط ما لا غرض فيه ولا مالية، فلا يثبت له الخيار، لعدم الفائدة ويلغى الشرط، فإن ظهر المبيع الذي فيه الخيار أعلى مما اشترط فلا خيار للمشتري لحصول غرضه وزيادة، إلا إذا تعلق بشرطه غرض متجه، وهذا قول مالك والشافعي. وأصل هذا الخيار قوله ﷺ: «المُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ»، رواه أبو داود والترمذي.

ثم إن الشرط قد يكون تصريحًا، وقد يكون في حكمه، كالمناداة على السلعة حال تسويمها أنها كذا فتوجد بخلافه، فله الرد، ومن اشترى ما يزرع في إبان الزراعة بثمن ما يزرع فلم ينبت، له الرجوع بالثمن على البائع، لأن الشراء في وقت الزراعة بثمن ما يزرع في حكم الشرط، والمشروط الذي فيه الغرض كنسج وقوة حمل وفراهة وطحن وحرث وغير ذلك من كل وصف، فيه حق مالي.

* السبب الثاني: القضاء العرفي: لأن العرف والعادة سلامة الأشياء من العيوب الطارئة والنادرة، فإذا وجد نقص في المبيع والعادة السلامة منه، فللمشتري الخيار بين أن يمسك المبيع المعيب ولا شيء له في مقابلة العيب، أو يرده ويأخذ ثمنه من بائعه، سواء كان المبيع عقارًا أو عرضًا أو عينًا، وسواء كثر العيب أو قل، إن أخل بذات المبيع أو الثمن أو التصرف العادي أو يخاف عاقبته، ودليل اعتبار هذا السبب قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالعُقُودِ﴾[1]، وحديث المصراة الآتي بيانه، والإجماع منعقد على اعتبار هذا السبب لثبوت الخيار من حيث الجملة.

(1) سورة المائدة، الآية 1.

ومن أمثلة العيب الذي جرت العادة السلامة منه - المنقص للثمن، أو المبيع، أو التصرف، أو يخاف عاقبته - غشاوة بعيني البائع لعدم تمام البصر، وعور حيث كان خفيا، كما لو كان المبيع تام الحدقة يظن أنه يبصر فله الرد، أو كان العور ونحوه ظاهرا ولكن المشتري كان أعمى فله الرد أيضًا، أما إذا كان العور والغشاوة ظاهرين والمشتري مبصرًا والمبيع حاضر عند العقد فلا رد له، إذ لا ينفعه دعوى أنه لم يره حال البيع لحمله على الرضا.

ومن العيوب التي يرد بها المبيع رهص - وهو داء بحافر الدابة - ودبر وعثر الدابة، وعدم القدرة على حمل ما هو معتاد لأمثالها، وقس على هذه ما شابهها من كل عيب أدى لنقص في الثمن أو المثمن أو التصرف العادي، أو يخاف عاقبته.

وسبيل معرفة النقائص الموجودة في المبيع والموجبة لنقص ماليته الرجوع إلى أهل المعرفة والخبرة في ذلك، لأن المبيع إنما صار محلا للعقد باعتبار صفة المالية فيه، فما يوجب نقصا فيها يكون عيبا، والمرجع في ذلك إلى العادة في عرف أهل الشأن في تلك السلعة وهم التجار.

والعيوب التي لا تنقص ثمنا ولا ذاتًا ولا التصرف العادي للمبيع فلا رد بها، وذلك كالكى الذي لا ينقص.

وإذا اشترى ما لا يطلع على عيبه إلا بعد القطع والتصرف وتغيير المبيع، من نشر كسوس خشب، أو كسر كَمُرّ قثاء وفساد جوز ورمان وبطيخ، أو ذبح كفساد باطن شاة علم به بعد ذبحها، وما شابه ذلك من العيوب التي لا يمكن الاطلاع عليها إلا بتغيير المبيع، ككسر البيض عند من يرى أنه لا يعرف فاسده قبل الكسر، فهل يثبت الخيار بهذه العيوب أم ليس للمشتري حق الرد؟ في ذلك خلاف:

1 - ذهب مالك وأحمد ابن حنبل في إحدى الروايتين عنه إلى عدم ثبوت الخيار، فلا يرجع المشتري بشيء، لأن العيب الذي لا يعرف إلا بعد القطع وكسر المبيع ليس فيه من البائع تدليس ولا تفريط لعدم معرفته، وكونه لا يمكنه الوقوف عليه إلا بكسره فجرى مجرى البراءة من العيوب.

إلا أن مالكا يرى أن البيض الفاسد يرد، لأنه مما يعلم فاسده قبل كسره، فإن كسره المشتري رده مكسورًا ورجع بجميع الثمن إن كان البائع مدلسًا، وإن كان غير مدلس لا يرد، بل يرجع على البائع بما بين قيمته صحيحًا وقيمته فاسدًا إن كانت له قيمة بعد كسره، وأما إن كان لا يجوز أكله فهو ميتة، فيرد جميع الثمن، سواء دلس أم لم

يدلس، هذا كله إذا كسره حين البيع، وإن كان كسره بعد أيام لم يرده لأنه في هذه الحالة لا يدرى أفسد عند البائع أم عند المبتاع.

2 - وذهب أبو حنيفة والشافعي وأحمد بن حنبل في المشهور عنه إلى ثبوت الخيار للمشتري فيما لا يطلع على عيبه إلا بكسره، فله الرجوع على البائع، لأن عقد البيع اقتضى السلامة من عيب لم يطلع عليه المشتري، فإذا بان معيبا ثبت له الخيار، ولأن البائع إنما يستحق ثمن المعيب دون ثمن الصحيح، لأنه لم يملكه صحيحًا فلا معنى لإيجاب الثمن كله، وكونه لم يفرط لا يقتضي أن يجب له ثمن ما لم يسلمه، بدليل العيب الذي لم يعلمه في العبد، فإنه يرد به باتفاق مع أن عيبه لا يطلع عليه، لأنه قد يكتم كراهية في المشتري أو البائع، فليس من البائع تفريط في عيب لم يعلمه في العبد، ومع ذلك ثبت به الخيار، فعدم تفريط البائع لا يقتضي عدم ثبوت الخيار للمشتري.

وعلى هذا الرأي فإن المبيع إن كان مما لا قيمة له بعد كسره كبيض الدجاج الفاسد والرمان الأسود والجوز الخرب رجع بالثمن كله، لأن هذا يتبين به فساد العقد من أصله، لكونه وقع على ما لا نفع فيه كبيع الحشرات والميتات، وليس عليه رد المبيع إلى البائع لأنه لا فائدة فيه، وإن كان الفاسد في بعضه رجع بقسطه.

وإن كان مما لعيبه قيمة، كبيض النعام وجوز الهند والبطيخ الذي فيه نفع ونحوه، فإذا كسره نظر.

فإن كان كسرا لا يمكن استعلام المبيع بدونه فهو مخير بين أخذ أرش عيبه، وبين رده وأخذ الثمن ولا أرش عليه لكسره، لأنه حصل بطريق استعلام العيب، والبائع سلطه عليه، حيث علم أنه لا يعلم صحته من فساده بغير ذلك.

وإن كان كسرا يمكن استعلام المبيع من دونه إلا أنه لا يتلف المبيع بالكلية، فالمشتري مخير بين رده مع أرش الكسر وأخذ الثمن، وبين أخذ أرش العيب، وقيل ليس له رده وله أرش العيب لا غير، لأنه لما كان الكسر يمكن استعلام المبيع من دونه كان كالتعدي من المشتري، فلا حق في الرد له، وإن كسره كسرا لا يبقى له قيمة، فله أرش العيب لا غير، لأنه أتلفه.

واعلم أن محل الرد بالعيب إن نقص من الثمن ولو قل، في غير الدور والعقار، أما هي فعيوبها ثلاثة أقسام:

1 - عيب لا ترد الدار منه وهو ما كان قليلا جدا لا ينقص من الثمن، ككسر درجة سلم، فلا رد به للمشتري ولا قيمة على البائع من أجله ليسارته.

2 - وعيب لا ترد منه ولكن يرجع المشتري بقيمته، وهو ما كان قليلا لا جدا بحسب العرف، كصدع يسير بحائط لم يخف على الدار السقوط منه، فلا رد للمشتري أيضًا ولكن له أن يرجع على بائعه بأرشه أي قيمته، ويكون هذا في عيب قيمته دون الثلث من قيمة الدار.

3 - وعيب ترد منه، وهو ما كان كثيرًا ينقص الثلث فأكثر من قيمته، كتصدع حائط يخشى منه سقوط الدار، فللمشتري الرجوع بالثمن، وله التمسك ولا شيء له. والقاعدة أن كل عيب نقص الثلث فأكثر من قيمة الدار فله الرد به، كسوء جارها، وشؤمها، وإيذاء جِنِّهَا لساكنيها.

واعلم أن الدور تفارق السلع من وجوه: فاستحقاق جدار منها لا يوجب ردها، ولا يرجع المشتري بشيء من ذلك على البائع ليسارته في الدور، إلا أن يشترط عليه أربع جدران، فإن غالب الدور لا تبرأ عنه، وإذا استحق منها الأقل لزم الباقي بحصته، ووجب الرجوع بقيمة العيب فيها، لأن الغالب شراء الدور للقنية دون التنمية، وغيرها يشترى للتجارة، ولذلك لا يفيتها حوالة الأسواق في البيع الفاسد، ولأن اليسير من العيوب في الدور والأصول يصلح ويزول بحيث لا يبقى منه شيء، بخلاف غيرها من العروض فإنها إذا تعيب منها موضع تعيب جميعه ولا يتهيأ زواله، ولأن الدور لا تنفك عن عيب، فلو ردت باليسير لأضر بالبائع، ولأن الدور والأصول ليست لها سوق تباع فيه غالبًا فيعسر على البائع بيعها على تقدير الرد، كما يعسر على المشتري شراؤها، فاغتفر اليسير.

* السبب الثالث: التغرير الفعلي: وضابطه أن يفعل البائع فعلا يظن به المشتري كمالا فلا يوجد كذلك، كصبغ الثوب القديم ليوهم أنه جديد، وصقل سيف ليوهم أنه جيد، فيوجد بخلافه، وكتصرية الحيوان أي ترك حلبه ليعظم ضرعه فيظن به كثرة اللبن، فيرد المبيع بذلك وما شابهه لأنه غرر. أما التغرير بالقول كأن يقول شخص لآخر عامل فلانًا فإنه ثقة مليء وهو يعلم أنه ليس كذلك، فلا يضمن على المشهور، ما لم يقل عامله وأنا ضامن.

وأصل اعتبار التغرير الفعلي موجبًا لرد المبيع قوله ﷺ: «لاَ تَلَقَّوا الرُّكْبَانَ لِلْبَيْعِ، وَلاَ يَبِعْ بَعْضُكُمْ عَلَى بَيْعِ بَعْضٍ، وَلاَ تَنَاجَشُوا، وَلاَ يَبِعْ حَاضِرٌ لِبَاد، وَلاَ تُصَرُّوا الإِبِلَ وَالغَنَمَ، فَمَنِ ابْتَاعَهَا بَعْدَ ذَلِكَ فَهُوَ بِخَيْرِ النَّظَرَيْنِ بَعْدَ أَنْ يَحْلِبَهَا، فَإِنْ رَضِيهَا أَمْسَكَهَا وَإِنْ سَخِطَهَا رَدَّهَا وَصَاعًا مِنْ تَمْرٍ»، رواه الأئمة مالك والبخاري ومسلم. والمصراة: هي الحيوان المتروك حلابها لتجميع اللبن فيغتر مشتريها بكثرة ضرعها، وفي رد المبيع بها خلاف.

فذهب أكثر الأئمة مالك والشافعي وأحمد وأبو يوسف وإسحاق وعامة أهل العلم إلى أن التصرية عيب يثبت به رد المبيع، لأنه من التغرير الفعلي، وهو قائم مقام الشرط اللفظي، لأن لسان الحال يقوم مقام لسان المقال.

وهذا المذهب دل عليه هذا الحديث من ثلاثة أوجه بما فيه من النهي: أوَّله قوله ﷺ: «لاَ تُصَرُّوا الإِبِلَ»، والنهي يعتمد المفسدة والفساد عيب، وثانيها قوله ﷺ: «فَهُوَ بِخَيْرِ النَّظَرَيْنِ»، والتخيير يعتمد وجود العيب، وثالثها إيجابه صاعًا من تمر، وهو دليل على أن للمبدل قسطًا من الثمن.

وذهب أبو حنيفة إلى أن التصرية ليست عيبًا، ولا توجب رد المبيع واستدل بما يلي:

أولًا: القياس على ما إذا رأى ضرعها كبيرًا دون أن تكون مصراة وظنه لبنًا، فوجدها أقل لبنًا من أمثالها، فلا يملك ردها باتفاق، وكما لو علفها فانتفخ بطنها فظن المشتري أنها حامل فلا رد، فكذا هنا.

والجواب: إن التصرية تدليس بما يختلف الثمن باختلافه، فوجب بها الرد قياسًا على الشمطاء التي تسود شعرها للتغرير، فإنه عنده عيب يوجب الرد، وليس فيه إلا التغرير الفعلي كالتصرية، ولا فرق، فبطل قياسه، على أنه لو صح فهو قياس يخالف النص فلا يلتفت إليه.

ثانيا: قال الحنفية إن هذا الحديث مخالف للأصول من وجوه:

* الوجه الأول: إنه أثبت الرد من غير عيب ولا شرط أو تخلف في الصفة، لأن نقصان اللبن لو كان عيبًا لرد به من غير تصرية، ولا رد بنقصان اللبن من غيرها اتّفاقًا، كما لو كانت الشاة عظيمة الضرع خلقة فظنها كثيرة اللبن فلم توجد كذلك، فلا خيار باتفاق.

الجواب: لا نسلم انحصار رد البيع فيما ذكرتم من وجود عيب أو شرط أو خلف صفة، بل أصول الشريعة توجب الرد بالتدليس والغش، فإنه والخلف في الصفة من باب

واحد، فإنا لا نعني بالعيب إلا فوات أمر مظنون نشأ الظن فيه عن شرط أو عرف أو تغرير، وهذا فيه فوات أمر مظنون نشأ عن تغرير، بل نقول إن رد المبيع بالتدليس أولى من الرد بالعيب، فإن البائع يظهر صفة المبيع تارة بقوله وتارة بفعله، فإذا أظهر للمشتري أنه على صفة فبان بخلافه، كأنْ غشه ودلس عليه، فقد فعل هنا فعلا ظن به المشتري كمالا فلم يوجد كذلك، فكان له الخيار بين الإمساك والفسخ، فإن المشتري إنما بذل ماله في المبيع بناء على الصفة التي أظهرها له البائع، ولو علم أنه على خلافها لم يبذل فيها ما بذل، فإلزامه للمبيع مع ظهور التدليس والغش ظلم، وقد أثبت الرسول ﷺ للركبان الخيار إذا تلقوا واشتري منهم قبل أن يهبطوا السوق ويعلموا السعر، وليس ههنا عيب ولا خلف في صفة أو شرط، ولكن فيه نوع تدليس وغش.

* الوجه الثاني: أنه قدر الخيار بثلاثة أيام، إذ قال في بعض روايته: «مَنِ ابْتَاعَ مَحْفَلَةً فَهُوَ بِالخِيَارِ ثَلاَثَةَ أَيَّام، فَإِن رَدَّهَا رَدَّ مَعَهَا مِثْلَ أَوْ مِثْلَيْ لَبَنِهَا قَمْحًا»، رواه أبو داود، قالوا: والخيار لا يتقدر إلاّ بالشرط، وما هنا ليس خيار شرط.

والجواب: إن التغرير إنما وقع هنا بالمدة، لأنه ترك حلابها مدة، فليوقف ظهور التدليس عند ذلك الحد، وإنما قدرها الشارع بالثلاثة لمعرفة التصرية، إذ أنها لا تعرف قبل مضي تلك المدة، لأن لبنها في أول يوم لبن تصرية، وفي اليوم الثاني يحتمل أن يكون نقص لتغير المكان واختلاف العلف، وكذلك الثالث، فإذا مضت الثلاث استبانت التصرية وثبت الخيار على الفور، ولا يثبت قبل الثلاث.

ويحتمل أن يقال متى تبينت التصرية جاز له الرد قبل الثلاث وبعدها، فالاعتبار حصول العلم بها، فعلى هذا فائدة التقدير في الحديث بالثلاث، لأن الظاهر أنه لا يحصل العلم بالتصرية إلا بتلك المدة، فاعتبرها الشارع لحصول العلم ظاهرًا، فالعبرة حصول العلم بالتصرية قبل الثلاث أو بعدها، ولهذا لو حلبها الثالثة وقد حصلت الخبرة بالثانية اعتبر رضا فلا رد له، والاحتمال الأخير أرجح لأنه تدليس يثبت الخيار، فملك الرد به متى ظهر كسائر التدليس.

* الوجه الثالث: «أَنَّ الخَرَاجَ بِالضَّمَانِ»، فاللبن الذي يحدث عند المشتري غير مضمون عليه، وقد ضمنه إياه في هذا الحديث.

الجواب عن ذلك بما يلي:

1 - إن هذا الحديث وإن كان قد رواه أبو داود، ولكن حديث المصراة أصح منه باتفاق أهل الحديث، فلا يعارض به.

2 - إنه على فرض ثبوته فلا تعارض بين الحديثين، فإن الخراج اسم للغلة مثل أجر الدابة أو السيارة ونحوهما، وأما الولد واللبن فلا يسمى خراجًا.

فإن قالوا: نقيس اللبن على الخراج بجامع الفوائد، قلنا: هذا قياس فاسد: فإن الكسب الحادث والغلة كأجر السيارة والدابة لم يكن موجودًا حال العقد، فهو جزء من المعقود عليه، والشارع لم يجعل الصاع عوضًا عن اللبن الحادث، وإنما هو عوض عن اللبن الموجود وقت العقد في الضرع، فضمانه محض العدل والقياس.

* الوجه الرابع: أن اللبن من ذوات الأمثال، وقد ضمنه إياه بغير مثله فخالف القاعدة.

الجواب: إنه لو ضمن اللبن الذي في الضرع بلبن محلوب في الإناء على قاعدة أن ضمان المثل بالمثل، كان ذلك ظلمًا، لأن اللبن إذا حلب كان عرضة لحمضه وفساده، فالضمان به ظلم لأنه غير مأمون الفساد، على أن اللبن الذي كان في الضرع وقت العقد مجهول القدر لاختلاطه باللبن الحادث، فلا يتأتى المثل بالمثل البتة.

* الوجه الخامس: أنه جعل صاع التمر بدل اللبن مع قيامه، والأعيان لا تضمن بالبدل إلا عند فواتها، وههنا لم تفت العين فلا بدل مع بقاء العين.

الجواب: إنه تعذر رد العين هنا لأن اللبن الحادث بعد العقد قد اختلط باللبن الموجود وقت العقد فلم يعرف مقداره حتى يوجب على المشتري نظيره، وقد يكون أقل منه أو أكثر، فإيجاب رد عين اللبن يؤدي إلى الربا، لأن أقل أقسام الربا أن تجهل المساواة.

* الوجه السادس: أن المضمون إنما يضمن بقدره في القلة والكثرة، وقدر ههنا الضمان بصاع، فقد لا تتحقق المساواة بين صاع التمر والحليب الذي كان في الضرع، فخالف الأصل، لأن الأصل مساواة البدل للمبدل.

* الجواب: أن الشارع الحكيم قدر بالصاع لتقليل الخصومات بعدم الانضباط، إذ لو وكل القدر المضمون إلى تقديرهما أو تقدير أحدهما لكثر النزاع والخصام بينهما، ففصل الشارع الحكيم النزاع وقدره بقدر لا يتعديانه قطعًا للخصومة، نظير ذلك الغرة في الجنين مع اختلافه، وكذلك الموضحة مع اختلافها، واختلاف المجنى عليه في السرف والحمية.

* الوجه السابع: إنه يؤدي إلى الربا، لأنه قد يبيع الشاة بصاع تمر ثم يردها مع صاع، فيكون قد باع شاة وصاعًا بصاع وهو ربا.

الجواب: إن هذا فسخ وليس عقدًا، والربا في العقود لا في الفسوخ.

* ثم نقول بعد هذا كله: إن ما ذكروه من أن حديث المصراة مخالف للأصول يرده بأنه ليس من شرط الشرع أن لا يشرع أحكامًا إلا إذا كانت موافقة للأصول، فإن ذلك غير صحيح، وإلا لكانت الشريعة كلها متماثلة، وهذا خلاف الإجماع، فالسلم والقراض والحمالة وغرة الجنين وجزاء الصيد كلها على خلاف الأصول فيما يظهر، فإذا أخبر الشرع عن حكم وجب اعتقاده لمن كان يؤمن بالله واليوم الآخر.

وأما قولهم: الأصول متواترة، والمتواتر مقدم على الآحاد عند التعارض إجماعًا.

نقول: تخصيص القرآن المتواتر بالقياس وخبر الواحد جائز، فكذلك الأصول التي هي أضعف منه في النقل يجوز تخصيصها من باب أولى.

وتقديره بالتمر أقرب الأشياء إلى اللبن، فإنه قوت أهل المدينة كما كان اللبن قوتا لهم، وهو مكيل كما أن اللبن مكيل، فكلاهما مطعوم مقتات مكيل، وأيضًا يقتات به بلا صنعة ولا علاج، بخلاف الحبوب كالحنطة والشعير والأرز، فالتمر أقرب الأجناس التي كانوا يقتاتون بها إلى اللبن.

فإن قيل: أنتم توجبون التمر في كل مكان، سواء كان قوتا لهم أو لم يكن.

قلنا: هذا من مسائل النزاع وموارد الاجتهاد، فمن الناس من يوجب ذلك أخذًا بظاهر الحديث فيتعين عندهم إيجاب الصاع، لأنه القيمة التي عين الشارع إيجابها فلا يجوز العدول عنها، وهذا مذهب الليث والشافعي وأحمد، وكأنهم رأوا ذلك تعبدًا، ومنهم من يوجب في كل بلد صاعا من قوتهم قياسا على زكاة الفطر، ولأن في بعض رواية الحديث قوله ﷺ: «وَرَدَّ مَعَهَا صَاعًا مِنْ طَعَامٍ»، وفي بعضها: «وَرَدَّ مَعَهَا مِثْلَ أَوْ مِثْلَيْ لَبَنِهَا قَمْحًا»، فجمعوا بين الأحاديث وجعلوا تنصيصه على التمر لأنه غالب قوت البلد في المدينة، وهو مذهب مالك وبعض الشافعية، وهو الأرجح والأقرب إلى قواعد الشرع، إذ لا يعقل أن يكلف من قوتهم السمك والأرز إلى التمر.

وإذا كانت المصراة جملة غنم، فهل يرد صاعا واحد للجميع لأن الشرع أعرض في هذا عن القلة والكثرة في اللبن، أو لكل شاة صاع؟ اختلف الناس في ذلك، والأصوب

الثاني، لأن الحكم ثابت في الشاة فيتكرر بتكرر الشاة، ولأن الأصل مساواة البدل للمبدل فخولف في اللبن لعدم انضباطه وتمييزه عن لبن المشتري، أما عدد الشاة فمنضبط.

هذا، والذين يذهبون إلى أن الواجب صاع التمر في كل مكان يقولون: لا يزاد على الصاع بكثرة اللبن ولا ينقص منه لقلته، كالغرة في الجنين، ولا يلتفت لغلائه ورخصه، لأن الشرع لما سن هذه القاعدة أعرض عما يتوقع في صورها دفعًا لمفسدة الخصومات.

وجوب بيان عيوب السلعة تفصيلا: ولا يحل للبائع تدليس سلعته ولا كتمان عيبها لقوله ﷺ: «مَنْ غَشَّنَا فَلَيْسَ مِنَّا»، رواه الترمذي، وقال: حديث حسن صحيح، وقال ﷺ: «الْمُسْلِمُ أَخُو الْمُسْلِمِ، لاَ يَحِلُّ لِمُسْلِمٍ بَاعَ مِنْ أَخِيهِ بَيْعًا إِلاَّ بَيَّنَهُ»، رواه ابن ماجه.

فمن علم شيئًا يثبت الخيار فأخفَاهُ، أو سعى في تدليسه فقد فعل محرما، فيجب على من باع شيئا بيان كل ما علمه من عيبه قل أو كثر، ولو كان البائع حاكما أو وارثًا، والقول بأن بيع الحاكم والوارث بيع براءة، محله إذا لم يكن عالمًا بالعيب، وعليه تفصيل العيب أو إراءته للمشتري إن كان مما يرى كالعور والكي، ولا يكفي ذكر العيب إجمالا، كقوله هو معيب دون أن يعين عين العيب، أو يقول هو ثور مريض ولم يبين نوع المرض. ومن الإجمال الممنوع أن يذكر العيب الذي بالمبيع، ويذكر معه غيره مما ليس فيه، لأن المشتري ربما يعلم سلامته مما ليس فيه فيظن سلامته من العيب الذي به، فإذا أجمل العيب اعتبر مدلسًا، فيثبت الخيار للمشتري.

ويشترط لثبوت الخيار بالعيب أن يكون ذلك العيب موجودًا في محل العقد قبل أن يقبضه المشتري، سواء كان وجوده سابقًا على العقد لم يطلع المشتري عليه، أم حدث بعد العقد ولكن قبل القبض، فإذا كان العيب الذي ظهر حدث عند المشتري لا يكون له الخيار، لأن المعقود عليه وصل إلى يده سالمًا.

وضابط حدوث العيب أن كل حالة يكون فيها ضمان المبيع باقيا من البائع، فحدوث العيب فيها يوجب الخيار للمبتاع، وكل حالة انتقل الضمان فيها للمبتاع، فحدوثه حينئذ لا يوجب له خيارًا.

هل يحتاج الفسخ في خيار العيب إلى التراضي أو إلى قضاء القاضي؟

* ذهب الشافعية والحنابلة إلى أن صاحب الخيار يملك فسخ العقد ورد المعقود عليه

إلى مالكه الأول من غير توقف على رضاه أو حضوره أوحكم حاكم، سواء كان الرد قبل القبض أو بعده، فمتى أعلن فسخ العقد أصبح غير مسؤول عن المبيع، لأنه رَفْعُ عقد مستحق له فلم يفتقر إلى رضا صاحبه ولا حضوره كالطلاق، ولأنه مستحق الرد بالعيب فلم يفتقر إلى رضا صاحبه كقبل القبض.

* أما الحنفية فيقولون: إن كان الرد قبل القبض فيفتقر إلى حضور البائع دون رضاه، على معنى أنه لو قال بحضور الطرف الآخر أبطلت العقد أو فسخته بطل العقد وإن لم يقبل الآخر، وإن كان في غيبته لا ينفسخ إلا إذا علم به، وإن كان الرد بعد القبض، فلا بد في بطلان العقد وانفساخه من رضا الآخر أو قضاء القاضي عند امتناعه.

ووجه التفريق بين ما كان قبل القبض وما كان بعده أن البائع تم ملكه على الثمن بعد القبض فيفتقر نقله عنه إلى رضاه أو حكم حاكم.

وجوابه: إن الرد رفع مستحق بالعقد فله الاستقلال له كالطلاق، فلا وجه لما ذكروا.

وقالوا أيضًا: إن العيب الذي ظهر بعد القبض يحتمل أن يكون جديدًا لا يوجب الرد، كما يحتمل أن يكون قديمًا موجبًا له، ومثل هذا يكون مثار نزاع غالبا بين المتعاقدين، بخلاف العيب الذي ظهر قبل القبض، فإن البائع لا يستطيع إنكاره أو دعوى حصوله عند المشتري، فلا يتصور فيه النزاع، فثبت الحق لمن له الخيار منفردًا.

* وأما المالكية فقالوا: إن المشتري إذا اطلع على عيب في المبيع واختار رده لبائعه، فإن كان البائع حاضرًا وأعلمه المشتري برد البيع فإن السلعة المردودة تدخل في ضمان البائع، ويتم الرد إن رضي بقبضها من المشتري وإن لم يقبضها بالفعل، فالعبرة الموافقة على القبض، فلو وافقه على أن العيب قديم ولكن لم يرض بقبضها فلا تدخل السلعة في ضمانه ولا يتم الرد، لأنه قد يدعي عليه أنه أي المشتري تبرأ له من ذلك العيب، وتدخل السلعة كذلك في ضمان البائع إذا ثبت العيب الذي يدعيه المشتري عند حاكم، إما بإقرار من بائعها وإما بالبينة، ويكفي ثبوت العيب عند الحاكم وإن لم يحكم برد السلعة.

هذا إذا كان الرد على حاضر، وإن كان البائع غائبا واطلع المشتري على عيب أشهد على عدم الرضا به ورغبته في رد المبيع، سواء كان قريب الغيبة أو بعيدها، وبعد الإشهاد إن كانت الغيبة قريبة، رد السلعة لوكيله إن كان له وكيل حاضر، وإن لم يكن له وكيل

حاضر، فإن شاء انتظر حضور البائع ورده إليه، وإن شاء رفع الأمر للقاضي فيرسل له: إما أن تحضر وإلا رددنا عليك السلعة.

وإن كان بعيد الغيبة وكان له وكيل حاضر رده إليه، وإن لم يكن له وكيل يرد إليه وعجز عن رده لبعد غيبته أو عدم علم محله، فإما أن ينتظر قدومه فيرد عليه، وإما أن يعلم القاضي بعجزه فيتلوم له القاضي، أي يتربص يسيرًا، فإذا مضت مدة التلوم حكم برد المبيع عليه. وإنما يطلب التلوم إذا علم موضعه ورجي قدومه، وإن كان لا يرجى قدومه حكم برده من غير تلوم.

ويتم حكم الحاكم في هذه المسألة بعد ثبوت أمور:

أحدها: إثبات صحة الشراء خوفًا من دعوى البائع عليه فساده إذا حضر: فيكلفه اليمين بالصحة، فيسلم من اليمين بإثبات صحة الشراء، وإن حلف على صحة الشراء لم يحتج إلى البينة.

ثانيها: إثبات أن الثمن كذا وأنه نقده، ولا بد من البينة في قدر الثمن ونقده، وقيل يكفي الحلف.

ثالثها: إثبات ملك البائع على المبيع إلى وقت بيعه له بالبينة، ولا يكفي الحلف.

رابعها: إثبات أمد المبتاع، أي زمن البيع، ليعلم هل العيب الذي يدّعي المشتري قدمه قديم حقًّا في الواقع أو ليس قديمًا بل حادث عنده، لأن رد المبيع لا يثبت إلا بعد ثبوت قدم العيب الذي ترد به السلعة، ولا بد في ذلك من البينة ولا يكفي الحلف.

خامسها: إثبات وجود العيب، إذ به يثبت حق رد المبيع إلى صاحبه.

سادسها: إثبات كون العيب ينقص من الثمن، لأن العيب الذي لا ينقص المقصود من المبيع لا يثبت به خيار الرد.

سابعها: إثبات قِدَم العيب وأنه أقدم من أمد المبتاع.

ثامنها: إثبات غيبة البائع، إذ لا يجوز الحكم عليه غيابيا وهو حاضر أو في حكم الحضور.

تاسعها: إثبات بعد الغيبة، وأنه بحيث لا يعلم موضعه أو لا يرجى حضوره.

ثم بعد الحكم يرد المبيع الذي باعه عليه القاضي، ويقضي المبتاع ثمنه الذي نقده.

النظر الثاني في الموانع المبطلة للاختيار: وهي قسمان:

النوع الأول: ما يبطل الرد مطلقًا، وهو أربعة:

* **المانع الأول:** البراءة: ومعنى البراءة التزام المشتري للبائع في عقدة البيع ألا يطالب بشيء من سبب عيوب المبيع التي لم يعلم بها، كانت قديمة أو مشكوكا فيها، أو هي ترك القيام بعيب قديم فيها.

واختلف الناس في اشتراط البراءة من عيوب المبيع، هل ينفع شارطه أم لا؟

1 - فذهب مالك والشافعي في المشهور عنهما ورواية عن أحمد، إلى أن شرط البراءة من عيوب المبيع لا تنفع البائع، ولا يبرأ إلا مما أُعلِم المشتري دون ما لم يُعْلِمْ، فإن باع سلعة على أنها ليس بها عيب وإن ظهر بها لم ترد إليه، لم يعمل بهذا الشرط، وللمشتري الرد بما وجده فيها من العيب القديم، ولا تنفع البراءة منه إلا في الرقيق خاصة، إذا تبرأ بائعه من عيب لم يعلمه وطالت إقامته عنده، فإن هذا الشرط ينفعه، لأنه قد يكتم عيبه كراهة في المشتري أو البائع، بخلاف غيره فلا تخفى أحواله، فلا تنفع فيه البراءة.

وحجة هذا القول أنه خيار فسخ فلا يجوز إسقاطه بالشرط، كاشتراطه إسقاط خيار الرؤية في بيع الغائب، ولأن البيع بشرط البراءة في غير الرقيق مما لا تخفى أحواله يقتضي الجهل بعاقبة المبيع فيخالطه الغرر، وقد نهى ﷺ عن بيع الغرر.

واستثنى مالك بيع السلطان في الدين وفي المغنم وغيره، وبيع الورثة إذا ذكروا أنه ميراث، فإن ذلك كله بيع براءة وإن لم يذكروا البراءة، فليس للمشتري في ذلك رد بعيب قديم إذا لم يعلم به البائع، وهذا إذا كان المشتري يعلم أنه بيع ميراث أو سلطان، وإلا فهو مخير بين أن يرد أو يحبس.

أما استثناء العبد فلما روي «أن عبد الله بن عمر باع زيد بن ثابت غلاما بشرط البراءة بثمانمائة درهم، فأصاب به زيد عيبًا، فأراد رده على ابن عمر فلم يقبله، فترافعا إلى عثمان، فقال عثمان لابن عمر: أتحلف أنك لم تعلم بهذا العيب؟ فأبى عبد الله أن يحلف، فرده عليه، فباعه ابن عمر بألف درهم»، رواه الإمام أحمد، قالوا: فهذه قصة قد اشتهرت فلم تنكر، فكانت إجماعًا.

وأما استثناء بيع السلطان والورثة لتنفيذ الوصايا وأداء الديون، وكون بيع السلطان براءة فلدواعي الضرورة إلى ذلك، لتحصيل المصالح من تنفيذ الوصايا ووفاء الديون؛ فلولا البراءة لم تستقر المصالح، ولذلك لا يضمنهم الشرع ما أتلفوه بالخطأ في الأحكام من مال أو نفس لئلا ينفر الناس من ولاية الأحكام لعظيم الضرر.

2 - وذهب قوم إلى أن اشتراط البراءة تنفع شارطه من كل عيب لا يعلمه، ولا يبرأ عن عيب علمه، وهذا يروى عن عثمان بن عفان رضي الله عنه، وهو إحدى الروايتين عن الإمام أحمد، واستدلوا بما روي عن أم سلمة، أن رجلين اختصما إلى رسول الله ﷺ في مواريث درست، فقال الرسول ﷺ: «استهما وتوخيا، وليحلل كل منكما صاحبه»، قالوا: وهذا يدل على أن البراءة من المجهول جائزة.

ولأنه إسقاط حق لا تسليم فيه، فصح في المجهول كالطلاق والعتاق، ولا فرق بين المجهول وغيره، فما يثبت في أحدهما يثبت في الآخر، وقول عثمان قد خالفه ابن عمر، فلا يبقى حجة.

3 - وذهب أبو حنيفة إلى صحة البراءة من العيوب في كل شيء من الحيوان وغيره، ما علمه البائع وما لم يعلمه، واحتج بما يلي:

أ - الأصل يقتضي أن لا يرد بالعيب مطلقًا، لأنه إذا قال بعتك هذا فالعقد إنما تناول الموجود دون المعدوم، لكن العرف اقتضى السلامة من العيوب فكان كالشرط، فيرجع بالعيب استدراكًا لظلامة، فإذا اشترط الأصل - وهو عدم الرد بالعيب - فقد صار الأصل مقصودًا بلسان المقال الذي هو مقدم على العرف، فإن كل عادة صرح بخلافها لا تعتبر.

وهذا الكلام مردود بدليل النهي عن الغرر والمجهول وعن التدليس والغش، وما ذكروه في مقابلة السنة باطل لا يلتفت إليه.

ب - قالوا: أجزاء المبيع وصفاته حق للمتعاقدين، فلهما إسقاطها كسائر حقوق الآدميين.

قلنا: العلم بأجزاء المبيع وصفاته حق لله تعالى فلا يجوز إسقاطه للعبد بالشرط كحد الزنا والسرقة.

جـ - قالوا: لو كان علم البائع للعيب وصفاته شرطا لما جاز البيع، وهو خلاف الإجماع.

قلنا: التغابن في الأثمان معتاد، والتدليس حرام بالنص.

* **المانع الثاني:** فوات المعقود عليه حسًا، كهلاك أو ضياع، أو حكمًا بالعقد، كحبس أو هبة وصدقة قبل إطلاعه على العيب، لأن الرد بالعيب فرع وجود العين، وحيث لا عين لا رد، كما لو تصدق بالمبيع أو وهبه لغير ثواب، فإن ذلك فوت فلا يرد لتعلق حق الغير به، ويرجع المشتري على البائع بقيمة العيب فيما إذا خرج من يده بلا عوض، فيقوّم المبيع المعيب سالمًا من عيبه بعشرة مثلا، ومعيبًا بثمانية مثلا، ويؤخذ للمشتري من الثمن الذي وقع به البيع نسبة نقص ما بين القيمتين، فنسبة الثمانية إلى عشرة في المثال المذكور أربعة أخماس، فقد نقصت قيمته معيبًا الخمس، فيرجع المشتري على البائع بخمس الثمن، فإذا كان الثمن مائة رجع إليه بعشرين.

وإن تعلق بالمبيع حق لغير مشتريه مع بقاء الملك، كما لو آجره أو رهنه أو أعاره ثم اطلع فيه على عيب وهو بيد المستأجر أو المرتهن أو المستعير، فيوقف لخلاصه من ذلك، ويرده لبائعه إن لم يحصل له تغير في تلك المدة، فإن تغير جرى على أقسام التغيير من القليل والمتوسط والمفيت للمقصود، وسيأتي. وقد قيل: إن قرب الأجل في الإجارة أو الرهن أخر إلى انقضائه، وإن لم يقرب الأجل ففوت.

ولو باع المشتري المعيب ثم ادعى بعد البيع وجود عيب به؛ لم يكن له حق المطالبة، لأنه لو ثبت به العيب وهو عند المشتري لم يوجب عليه شيئًا، فلو رجع إليه بشراء أو ميراث أو هبة أو صدقة أو بعيب أو فساد عقد أو فلس لمشتريه الثاني أو غير ذلك، فله الرد على البائع إن لم يتغير، فإن تغير فله حكمه الآتي، وهذا قول الأئمة: مالك والشافعي وابن حنبل.

وقال أبو حنيفة: ليس له رده بعد الرجوع إليه، إلا أن يكون المشترى فسخ بحكم الحاكم، لأنه أسقط حقه من الرد ببيعه، فأشبه ما لو علم بعيبه قبل بيعه فلا رد له.

والجواب أنا لا نسلم سقوط حقه، وإنما امتنع لعجزه عنه لأنه في ملك الغير ولم يمتنع بسقوط حقه، فإذا عاد إليه زال المانع فظهر جواز الرد لاستدراك ظلامته بعد التمكن برجوعه إليه، كما امتنع الرد لغيبة البائع فإنه لا يمنع الرد بعد حضوره، فكذا هنا.

ولو باعه مشتريه لبائعه بمثل الثمن الأول، بأن اشتراه وباعه لبائعه بعشرة، سواء دلس البائع الأول أو لا، أو باعه له بأكثر من الثمن الأول، كما لو باعه باثني عشر، والحال

أنه قد دلس بكتم العيب، فلا رجوع لأحد منهما على الآخر، لأن المبيع رد لصاحبه. ففيما إذا تساوى الثمنان فالأمر واضح، وفيما إذا اشتراه بائعه بأكثر فهو مدلس فلا رجوع له بالزائد، وبالمقابل ليس للمشترى فيه أرش لأنه أخذ العوض منه أكثر مما خرج من يده.

فإن باعه مشتريه لبائعه الأول بأكثر من الثمن الأول ولم يكن مدلسا، بأن لم يعلم بعيبه عندما باع له، كان له رده على المشتري الأول - وهو البائع الأخير - بذلك العيب، لأن عقده يقتضي عهدته، ويأخذ منه الاثنى عشر في المثال السابق، ثم هو يرد على البائع الأول ويأخذ منه العشرة وهو مقدار الثمن الأول.

* **المانع الثالث**: ظهور ما يدل على الرضا بالعيب من قول أو فعل أو سكوت، وهو التقصير عند الاطلاع، ومكث من غير عذر، فيبطل الرد والأرش إن كان البائع حاضرا، فإن كان غائبًا أشهد شاهدين باختيار الرد، فإن عجز حضر عند القاضي وأعلمه، فيكتب للبائع إن قربت غيبته، وإن بعدت تلوّم له، أي يتربص رجاء قدومه، وإن لم يرج قدومه قضى عليه إن أثبت المشتري الشراء على بيع الإسلام وعهدته.

والرضا بالعيب قد يكون صريحا، كأن يصدر منه قول يدل على ذلك، نحو رضيت بالعيب، أو أمضيت العقد، أو التزمت به، وما أشبه ذلك.

وقد يكون دلالة، كأن يتصرف في المبيع تصرف المالك بعد أن يعلم بالعيب، كركوب سيارة أو دابة، أو استعمالها في حرث أو درس أو حمل، ولبس ثوب، واستعمال آلة لغير اختبار، وكإجارة المبيع أو رهنه في دين، ولو حصل ذلك في زمن الخصام مع البائع، بخلاف فعل لا ينقص فإنه لا يدل على الرضا، وذلك كسكنى دار أو حانوت زمن الخصام، فإن كان السكنى قبله دل على الرضا بالعيب فلا رد.

ومثل السكنى اجتناء ثمرة لم تكن مؤبرة عند الشراء، فإنها غلة يفوز المشتري بها، فاجتناؤها لا يدل على الرضا، فلا يمنع من الرد، أما الثمرة المؤبرة فاجتناؤها منقص لأنها جزء المبيع فيمنع من الرد.

ومثل ذلك حلب الماشية والقراءة في المصحف والمطالعة في الكتاب، فإنها لا تنقص الأصل، فلا تدل على الرضا إن وقعت بعد الاطلاع على العيب في زمن الخصام، فإن وقعت قبل زمن الخصام، دل على الرضا فيمنع الرد.

والخلاصة أن استعمال المبيع أو استغلاله إن حصل قبل الاطلاع على العيب فلا يمنع الرد مطلقًا، وإن حصل بعد الاطلاع عليه وقبل زمان الخصام منع الرد لدلالته على الرضا، وإن حصل في زمنه، فإن كان ينقص الأصل كركوب واستخدام ولبس ثوب وإجارة ورهن ونحوها دل على الرضا فيمنع الرد، وإن لم ينقص الأصل كسكنى دار أو إسكانها للغير وقراءة في المصحف وحلب الماشية فلا يدل على الرضا.

والسكوت بعد الاطلاع على العيب إن طال أكثر من يومين بلا عذر من المشتري فإنه يدل على الرضا، فإن كان لعذر كغيبة بائع أو لمرض أو سجن أو خوف من ظالم فلا يدل على الرضا، كما لا يدل على الرضا إن لم يطل زمنه، ولكن لو سكت يومًا أو يومين بلا عذر حلف أنه لم يرض بالعيب، ورده، ولو سكت أقل من اليوم فلا يمين عليه، وسكوت المسافر لا يدل على الرضا لعذره بالسفر.

وخلاصة القول: إن المشتري إذا اطلع على العيب وسكت ثم طلب رد المبيع، فإن كان سكوته لعذر سفر أو غيره أجيب لذلك مع اليمين بأنه لم يرض، وإن طلب الرد قبل مضي يوم أجيب لذلك من غير يمين، وإن طلب الرد بعد أكثر من يومين فلا يجاب ولو مع اليمين.

وحيث قيل يحلف المشتري ونكل، حلف البائع إن كانت دعواه على المشتري الرضا دعوى تحقيق، ولا يحلف إن كانت دعوى اتهام.

وجملة القول: إن خيار الرد بالعيب يجب على الفور بمجرد ظهور العيب، فتأخير الرد من دون عذر أكثر من يومين مسقط لحقه في الرد، لأنه يعتبر تراخيا فيسقط الخيار، إذ هو كالتصرف في المبيع، وهذا مذهب مالك والشافعي، إلا أن الشافعية فوضوا تقدير الفورية إلى العرف ولم يحددوا باليوم واليومين كما فعل المالكية، فما تعارفه الناس تراخيا في الرد يسقط الخيار، وما لم يتعارفوه كذلك فورا غير مسقط له، وهذا حسن، لأن ما شرعه الشارع دون أن يبين كيفيته فسبيله الرجوع إلى العرف.

وحجة مالك والشافعي في أن الخيار على الفور، أن تأخير الرد مع إمكانه يدل على الرضا فأسقط خياره، فأشبه التصرف في المبيع، ولأنه خيار ثبت بالشرع لدفع الضرر عن المال، فأشبه خيار الشفعة.

وذهب الحنفية والحنابلة إلى عدم اشتراط الفورية، بل يجوز عندهم على التراخي، فمن علم العيب وأخر الرد لم يبطل خياره، فمتى ثبت الحق استمر وله أن يستعمله في أي وقت شاء طال أو قصر، ما لم يوجد ما يدل على الرضا، لأن هذا الخيار شرع لدفع الضرر المتحقق فلا يبطل بالتأخير كخيار القصاص، ولأن الأصل في الحقوق إذا ثبتت أن تستمر ما لم يوجد توقيت لها، وهو لم يوجد، حيث لا دليل عليه، قالوا: لا نسلم أن تأخير الرد يدل على الرضا كما يقول من يرى الخيار على الفور، وقالوا: إن قياس خيار العيب على خيار الشفعة قياس مع الفارق فلا يصح، لأن الشفعة تثبت لدفع ضرر غير متحقق بخلاف الرد فإن ضرره محقق.

- وإذا تنازع المشتري مع البائع في الاطلاع على العيب أو الرضا به، فقال البائع: أنت رأيت العيب عند العقد أو رضيت به حين اطلعت عليه، وأنكر المشتري ذلك، فالقول له ما رآه ولا رضي به بلا يمين، لأن الأصل عدم ذلك، ويرد المبيع لبائعه، إلا أن يحقق عليه البائع الدعوى بأن يقول له: أنا أريتك العيب، أو أعلمتك به، أو أعلمك فلان وأنا حاضر، أو قال له: أنت أخبرتني بأنك رضيت به، فإن حققها عليه البائع أو أقر المشتري بأنه فتش المبيع عند البيع، فالقول للمشتري أيضًا ولكن بيمين، فإن حلف رد المبيع لبائعه، وإن لم يحلف ردت اليمين إلى البائع لأنها دعوى تحقيق، فإن حلف فلا كلام للمشتري، وهذا ما لم يسم البائع من أخبره برضا المشتري بالعيب حين اطلع عليه، أو سماه ولكن تعذر إشهاده لموت أوغيبة أو سجن أو نحو ذلك، فإن سماه البائع ولم يتعذر إشهاده، فللبائع أن يقيمه شاهدًا ويحلف معه ويتم البيع، ولا يفيد المشتري دعوى عدم الرضا حينئذ.

والحاصل أن المتبايعين إذا تنازعا في الاطلاع على العيب أو الرضا به بعد الاطلاع ولم يشهد للبائع شاهد عدل، فالقول للمشتري بلا يمين إن ادعى عليه البائع الرؤية عند العقد، أو الرضا به عند الاطلاع في العيب الخفي إذا لم يحقق عليه الدعوى، وبيمين إن حقق البائع عليه الدعوى بأن قال له: أنا أريتك العيب، أو أشهد المشتري على نفسه بأنه قلب السلعة عند الشراء، أو ادعى البائع أن فلانًا أخبره برضا المشتري.

وإن تنازعا في قدم العيب، هل كان في المبيع قبل العقد أم حدث عند المشتري؟ فادعى المشتري أنه قديم، وادعى البائع أنه حادث بعد القبض عند المشتري:

فإن كان العيب لا يحتمل إلا قول أحدهما كالشجة المندملة التي لا يمكن أن يكون مثلها حادثًا، وكالجرح الطارئ الذي لا يمكن كونه قديمًا، فالقول قول من يدّعي ذلك بلا يمين، لأنا نعلم صدقه فلا حاجة لاستحلافه.

وإن احتمل العيب قول كل منهما، فأيهما يصدق؟ في ذلك رأيان:

الرأي الأول: إن القول قول البائع في نفي العيب أو نفي قدمه، فإذا قال البائع: لا عيب به أصلا فالقول قوله، ولا عبرة بدعوى المشتري بوجود العيب، وكذا في نفي قدمه بأن وافق البائع المشتري، على وجود العيب، ولكنه يدعي حدوثه عند المشتري، والمشتري قدمه ليرد المبيع، فالقول للبائع، وإنما كان القول له لأن الأصل سلامة المبيع وصحة العقد، ولأن المشتري يدعي عليه استحقاق فسخ البيع والبائع ينكره، والقول قول المنكر. وهذا قول مالك وأبي حنيفة والشافعي.

وهذا ما لم تشهد العادة للمشتري بقدم العيب قطعا أو رجحانًا، وإلا كان القول قوله، وحينئذ فيثبت له، واسناد الشهادة إلى العادة مع أن الشاهد أهل المعرفة، لاستنادهم في شهادتهم إلىما دلت عليه العادة غالبًا، وإلا فإنه يعمل بشهادة البينة بقدمه سواء استندوا في قولهم ذلك إلى العادة أو المعاينة أو لإخبار العارفين أو لإقرار البائع لهم بذلك.

ثم اعلم أنه إنما يكون القول قول البائع في حدوث العيب المشكوك فيه محل النزاع إذا لم يصاحبه عيب قديم ثابت، وأما إن صاحبه عيب قديم غير مشكوك فيه، فالقول قول المشتري عند مالك بيمينه، فيحلف أنه ما حدث عنده، لأن المشتري قد وجب له الرد بالعيب القديم وأخذ جميع الثمن، والبائع يريد نقصه من الثمن بقوله حدث عندك، فهو مدع والمشتري مدعى عليه، لأنه يغرم في العيب المشكوك المتنازع فيه على تقدير حدوثه عنده، والمصدق هو المدعى عليه، لأن الأصل براءة ذمته.

وقال أبو حنفية والشافعي: القول قول البائع، لأن الأصل سلامة المبيع وهاهنا تعارض أصلان: سلامة ذمة المشتري من الغرم، وسلامة المبيع عند العقد، فاختلف العلماء أيهما يغرم.

الرأي الثاني يقول: القول قول المشتري في قدم العيب أو حدوثه، فيحلف بالله أنه اشتراه وبه هذا العيب، أو أنه ما حدث عنده، ويكون له الخيار، لأن الأصل عدم القبض

في الجزء الفائت، واستحقاق ما يقابله من الثمن، ولزوم العقد في حقه، فكان القول قول من ينفي ذلك، كما لو اختلفا في قبض المبيع فإن القول قول المشتري، فكذا هنا. هذا مذهب الحنابلة في إحدى الروايتين عنهم، والرواية الأخرى كرأي الأئمة الآخرين.

هذا ومن لم يقطع بصدقه من البائع أو المشتري عليه أن يحلف، فإن ظن قدم العيب فللمشتري بيمين، وإن شك أو ظن حدوثه فللبائع بيمين. ويفهم من هذا أنه إذا قطع بقدمه فالقول للمشتري بلا يمين، أو قطع بحدوثه فللبائع بلا يمين.

والكلام عند مالك وأصحابه في العيوب التي شأنها الخفاء، وأما العيوب الظاهرة كالعمى والعور والعرج فلا قيام بها، ولا يرجع فيها لعادة ولا غيرها.

- واعلم أنه كما يرجع إلى أهل المعرفة في قدم العيب وحدوثه، كذلك فإن النقائص الموجبة لنقص المالية في المبيع يرجع لمعرفتها إلىأهل الخبرة والمعرفة في ذلك الشأن، لأن المبيع إنما صار محلا للعقد باعتبار صفة المالية، فما يوجب نقصًا فيها يكون عيبًا، والمرجع في ذلك إلى العادة في عرف أهل الشأن في ذلك المبيع وهم التجار، مثلما رجعنا إلى أهل المعرفة في كون العيب قديمًا عند البائع أو حدث عند المشتري.

قال بعضهم: ولا بد في ذلك من شهادة رجلين عدلين، وتقبل امرأتان فيما لا يطلع عليه الرجال، وإذا لم يوجد من يعرف العيوب من أهل العدالة قبل غيرهم، وإن كانوا غير المسلمين لأنه طريقة للخبر بما ينفردون به.

* **المانع الرابع:** ذهاب العيب عند المشتري قبل الحكم برده، سواء زال قبل القيام به فيسقط القيام، أو بعده وقبل الحكم بالرد، فإذا اشترى حيوانًا مريضًا بمرض خفي عليه حين التعاقد ثم اطلع عليه بعد القبض لكنه شفي من هذا المرض قبل طلب الفسخ وقبل أن يقضي به، سقط حقه في الفسخ، كما لو ظهر كونه أعرج فزال عرجه، لأن الموجب للخيار هو فوات السلامة المعدمة للرضا، وبعد زوال المرض عادت السلامة فيعود معها الرضا، إلا أن يحتمل عود العيب بعد زواله، حيث قال أهل المعرفة يمكن عوده، فله الرد في هذه الحالة ولو وقع الشراء حال زواله.

والضابط أن العيب إن كان الغالب عوده أو أشكل أمره رد المبيع استصحابًا لحالته السابقة، ويعتمد في ذلك على أهل المعرفة.

النوع الثاني من الموانع: ما يمنع من رد المبيع على وجه دون وجه، وهو تغير المبيع بحدوث عيب جديد به عند المشتري، والتغير ثلاثة أضرب:

* الضرب الأول: تغير بعيب يفيت المقصود من العين التي بيعت فيمنع الرد، لأنه في هذه الحالة يصيرها كالمعدومة، إذ المقصود من الأعيان منافعها، وذلك كتقطيع قماش تقطيعًا غير معتاد، وكبر صغير لأن صغير الحيوان يراد للحمه، وبكبره يزول ذلك المقصود منه، وكهرم حيوان أضعف القوى بعد الشيبوبة، أو أضعف المنفعة المقصودة منه، كما إذا كان الحيوان المبيع مقصودًا للحمل عليه فعجز عن ذلك، أو ضعف بسبب هرمه، فهذا وأمثاله مفيت للخيار، فيمنع الرد بالعيب القديم، فيتعين للمشتري أرش العيب على البائع، وهذا ما لم يهلك المبيع عند المشتري بسبب عيب التدليس، وإلا فيرجع بجميع الثمن، بل ولو لم يحدث في المبيع عيب مفوت وهلك بسبب التدليس فله الرجوع بجميع الثمن.

* الضرب الثاني: تغير بعيب قليل جدا بحيث لا يؤثر نقصا في الثمن، كوعك، وخفيف حمى، ورمد، وصداع، وكقطع قماش معتاد للمشتري أو معتاد للبلد الذي يتجر بها، وقس على هذا نظائره. فهذا كالعدم، فلا خيار للمشتري في التماسك وأخذ أرش العيب القديم أو الرد ودفع أرش العيب الحادث، بل إنما له التمسك بالمبيع ولا شيء له، أو يرد ولا شيء عليه، وذلك لأنه إنما كان له التمسك وأخذ أرش العيب القديم لخسارته بغرم أرش العيب الحادث إذا رد، فحيث سقط عنه حكم العيب الحادث انتفت العلة، فلا شيء له عند التمسك به.

* الضرب الثالث: تغير بعيب له بال ولكن لا يخل بالمقصود، فيخير المشتري بين التمسك به وأخذ أرش العيب القديم، أو الرد على البائع ودفع قيمة العيب الحادث، وإنما خير المشتري دون البائع لأن الملك له.

وطريق معرفة الأرش التقويمُ ثلاث مرات: يقوّم المبيع أولا صحيحا بعشرة مثلا، ثم يقوم بكل من العيبين بقطع النظر عن الآخر، فيقوم ثانيا بالعيب القديم بقطع النظر عن الحادث بثمانية مثلا، فقد نقص الخمس عن قيمته سالمًا، ثم يقوم ثالثًا بالحادث بقطع النظر عن القديم بثمانية مثلا، فقد نقص الخمس أيضًا، ثم يقال للمشتري: إما أن تمسك بالمبيع وترجع على البائع بخمس الثمن، أو ترده وتترك له خمس الثمن، وقس النظائر عليه.

ومن أمثلة هذا الضرب من العيب الحادث: عجف الدابة والعمى والشلل، وجعلها بعضهم من الضرب الأول، ومنه أيضًا العور والعرج وقطع ذنب البغلة والفرس إذا كانتا للركوب، وقيل من الأول، ومنشأ الخلاف في هذه الفروع ونظائرها اختلاف النظر إلى عظم العيب، فمن عظم عنده جعله من الضرب الأول، أي من العيب الذي يفيت المقصود فيمنع الرد، ومن لا يرى عظمه جعله من الضرب الثالث.

- وإذا وجد المشتري عيبا قديمًا في المبيع وحدث عنده عيب جديد وزيادة أحدثها، أي المشتري من صنعة مضافة إليه، كصبغ وخياطة وطرز وما شابهها من الأمور المقتضية لزيادة ثمن المبيع، جبر بها العيب الذي حدث عنده، فيصير المشتري بذلك كأن لم يحدث عنده شيء، فإذا رده فلا غرم عليه، وإن اختار التمسك فلا شيء له إن كانت قيمة ما زاد عنده من الصبغ والخياطة والطرز تساوى أرش نقص العيب الحادث عنده، فإن نقصت قيمة الزائد عن أرش ما حدث عنده، فإن اختار الرد غرم تمام قيمة العيب الحادث، وإن اختار التماسك أخذ أرش القديم، وأما إن زادت قيمة ما زاده المشتري بالصبغ والطرز ونحوهما على أرش ما حدث عنده، فله أن يرد المبيع إلى البائع ويشترك فيه بما زاد، وله أن يتمسك ويأخذ أرش القديم.

فمثلا لو كانت قيمة المبيع سالمًا مائة، وبالعيب القديم تسعين، وبالحادث ثمانين، وبالزيادة تسعين، لساوى الزائد النقص، فلا شيء للمشتري إن تمسك، ولا شيء عليه إن رد، وقيل له أرش القديم إن تماسك، فإن كانت قيمة الزيادة خمسة وثمانين، فإن رد غرم نصف عشر الثمن، وإن تماسك أخذ أرش القديم وهو عشر الثمن، وإن كانت بالزيادة خمسة وتسعين شارك بنصف عشر الثمن إن رد، وأخذ أرش القديم إن تمسك.

ومحل تخيير المشتري بين التمسك وأخذ أرش العيب القديم أو الرد مع دفع قيمة العيب الحادث، ما لم يقبله البائع بالعيب الحادث من دون أرش، فإن قبله صار الحادث كالعدم، فيقال للمشتري: إما أن ترده بالعيب القديم ولا شيء عليك، أو تتمسك به ولا شيء لك في نظير العيب القديم.

وهذا الرأي، أي تخيير المشتري، له الرد مع أرش العيب الحادث أو الإمساك وله أرش القديم، هو مذهب مالك، وإحدى الروايتين عن أحمد، وبه قال إسحاق.

ودليلهم حديث المصراة، فإن النبي ﷺ أمر بردها بعد حلبها ورد عوض لبنها معها، ولأنه روي عن عثمان أنه قضى في الثوب إذا كان به عوار برده وإن كان قد لبسه، ولأن العيبين قد استويا والبائع متهم بالتدليس، والمشتري لم يدلس، فكان رعاية جانبه أولى، ولأن الرد بالعيب كان جائزًا قبل حدوث العيب الجديد فلا يزول إلا بدليل، وليس في المسألة إجماع ولا نص، والقياس إنما يكون على أصل، وليس لما ذكره المخالف أصل فيبقى الجواز بحاله.

- وذهب أبو حنيفة والشافعي ورواية عن أحمد إلى أن حدوث العيب عند المشتري يمنع رده بالعيب القديم، واستدلوا على ذلك:

أولا: إن الرد شرع لدفع الظلامة والضرر عن المشتري، وفي الرد على البائع إضرار به، ولا يشرع دفع الضرر بالضرر، بل يتعين أخذ الأرش في العيب القديم.

ثانيا: القياس على العيوب التي يتعين فيها أخذ الأرش ويمتنع بها الرد، كهرم حيوان أضعف القوى أو أضعف المنفعة المقصودة منه - كما تقدم - وكالعمى ونحوه عند من يراه من العيوب المانعة للرد إذا حدثت عند المشتري.

ثالثا: إنه لما تعارض حقان أحدهما يوجب بقاء العقد والآخر بطلانه وجب ترجيح البقاء لأنه الأصل.

والجواب عن الأول أن البائع مفرط في عدم اطلاعه على عيب سلعته، فالضرر اللاحق به برد المبيع إنما هو بسبب تفريطه، بخلاف المشتري فلا يتهم بالتفريط، فلذلك رجحنا دفع ضرره، أو نقول: إن حق الرد ثابت قبل حدوث العيب عند المشتري، وذمة البائع مشغولة ببقاء جزء من المبيع عنده، فرجح ضرر المشتري عملا بالاستصحاب، ولأن في الرد جبر الضررين: ضرر البائع برد أرش العيب الحادث، وضرر المشتري بحق الرد، بخلاف المنع من الرد بالعيب، فإنه يتضرر به المشتري وحده بإلزامه ما لم يعقد عليه.

والجواب عن الثاني أنه قياس مع الفارق فلا يصح، لأن ذهاب أكثر المنافع بسبب العيب الحادث يصير المبيع معدوما، لأن الأقل تبع للأكثر، والمقصود من الأعيان منافعها، والمعدوم يستحيل رده فيتعذر الرد وتعين للمشتري أرش العيب، وما هنا ليس كذلك، لأن العيب فيه وإن كان له بال إلا أنه لا يخل بالمقصود، ففارق النوع الأول، والبائع متهم بالتدليس، والمشتري لم يدلس فرعاية جانبه أولى ما لم يتعذر.

والجواب عن الثالث منع تعارض الحقين لأن التعارض إنما يتحقق لو تعادل الحقان وما هنا ليس كذلك لأن حق المشتري قبل حدوث العيب سالما عن المعارض.

ثم ما ذكروه ينتقض بما إذا تقارر البائع والمشتري على العيب، ولكن ادّعى البائع أن المشتري رضي به، فإن المشتري هو الذي يصدق في استحقاق الرد لبعد رضاه بالعيب، ولأن الأصل عدمه، فكذا هنا يترجح جانبه.

- هذا وما تقدم من أن العيب الحادث عند المشتري قد يكون مفوتا للرد فيتعين له أرش العيب، وقد يكون غير مفوت فله الإمساك مع أخذ أرش القديم أو الرد بالأرش، كل ذلك ما لم يكن العيب القديم بتدليس من البائع.

ومعنى تدليس البائع أنه كتمه عن المشتري أو غطاه عنه بما يوهم المشتري عدمه، وهو مشتق من الدلسة وهي الظلمة، فكأن البائع بستر العيب وكتمانه جعله في ظلمة فخفي على المشتري فلم يره ولم يعلم به، والتدليس حرام لأنه تغرير وتضليل، وما النهي عن التصرية إلا لما فيه من التضليل، بإخفاء العيب. فمتى فعله البائع فلم يعلم به المشتري حتى تعيب المبيع في يده، فحكمه على التفصيل التالي:

فإن كان العيب الحادث غير مفيت للرد، بأن نقص المبيع بسبب فعل المشتري نقصًا معتادًا، كما لو صبغه صبغًا لا يصبغ به مثله فنقص بذلك، فإذا كان البائع مدلسا بالعيب القديم، فللمشتري رده وأخذ الثمن كاملا ولا أرش عليه للنقص الحاصل بسبب الصبغ، لأنه غره بالقديم.

ولو هلك المبيع عند المشتري بسبب عيب التدليس، فإن المشتري يرجع على البائع بجميع الثمن، سواء حدث فيه عنده عيب مفوت للرد كقطع الثوب غير المعتاد أو لم يحدث مفوت أصلا ما دام الهلاك بسبب عيب التدليس، ولا شيء على المشتري فيما حدث من الهلاك.

وكذا إذا هلك بآفة سماوية في زمن عيب التدليس، كما لو دلس البائع بإباقه فهلك بأمر سماوي في حال تلبسه بعيب التدليس، كما لو أبق فتردى أثناء إباقه من علو فمات، أو اقتحم نهرًا فغرق، أومات في مغارة، فإن المشتري يرجع على بائعه المدلس بجميع الثمن، لأن سبب ذلك من عند البائع. أما إن دلس وهلك بآفة سماوية في غير زمن التدليس، فلا يرجع المشتري بثمنه بل يرجع بأرش العيب القديم.

وإذا باع المشتري من المدلس لِثَالِثٍ قبل اطلاعه على العيب فهلك عند الثالث بسبب عيب التدليس، رجع الثالث على الأول المدلس بجميع الثمن الذي أخذه المدلس، لأن العيب كشف أنه لا يستحقه بسبب تدليسه، إلا أن يزيد الثمن على ما دفعه الثالث للثاني فيكون الزائد للثاني. وسبب رجوع الثالث على الأول هو أن الأول يعد مدلسًا على الثالث، لأن الوسط لو علم بالعيب لأعلم به.

وقال بعضهم: يؤخذ الثمن كاملا من الأول، فيدفع للثالث منه قيمة العيب الذي يستحقه على الثاني، والباقي للوسط، لأنه المستحق على الأول.

وقيل: لا يؤخذ من المدلس الأول شيء لأنه لم يضر بالثاني، إلا أن يرجع الثالث على الثاني بالأرش، فيكون على الأول الأقل مما غرمه الثاني للثالث، أو الثمن الذي دفعه الثاني للأول، أو قيمة العيب من الثمن الذي دفعه.

وهذا أي رجوع الثالث على الأول إذا لم يمكن رجوعه على بائعه هو - أي الثاني - إما لعدمه، وإما لغيبته ولا مال له حاضر، فإن أمكنه الرجوع على بائعه فلا رجوع له على المدلس، وإنما يرجع على بائعه هو بالأرش فقط لا بجميع الثمن، لأنه غير مدلس.

القسم الثاني: نقيصة الغبن:

وهو ما ثبت في مغابنة في البيع غير معتادة، فالخيار للمغبون، وقيل: لا خيار له إذا كان من أهل الرشاد والتبصر بتلك السلعة، لأنه أوتي من قبل نفسه، فإذا كانا معا، أو المغبون منهما على خلاف أهل الرشاد والتبصر، فالمغبون بالخيار.

وهذا الخيار إنما يثبت إذا وقع الغبن على وجه الاسترسال والاستسلام، بأن يخبر أحد المتبايعين صاحبه بجهله، كأن يقول المشتري للبائع: بعني كما تبيع للناس فإني لا أعرف القيمة، فيقول له: بعت للناس بكذا، والحال أنه يكذب بل باع بأقل، أو يقول البائع للمشتري: اشتر مني كما تشتري من غيري، فيقول له: قد اشتريت من غيرك بكذا، وهو يكذب بل اشترى بأكثر، أو استأمن أحدهما الأخر، بأن يقول أحدهما للآخر: ما قيمته لأشتري بها، أو لأبيع بها؟ فيقول: قيمته كذا، والحال أنه يكذب.

فموجب الرد بالغبن هو جهل البائع أو المشتري وكذب الآخر، فمتى كان هناك جهل من أحدهما وكذب عليه من الآخر ثبت الرد.

والاستسلام كالشرط بعدم الغبن، فمن استسلم لبائعه وقال: أنا غير عالم بالقيمة، فغره البائع مستغلا استسلامه، فحرام اتفاقًا، لأنه أكل المال بالباطل، وللمغبون الخيار.

وأما من دخل على بصيرة بالغبن مستسلمًا لبائعه وغارما بقيمة ما اشترى، فهو كالعالم بالعيب، فلا كلام له، وكذا من استعجل فجهل ما لو تثبت لعلمه، لم يكن له خيار، لأنه انبنى على تفريطه وتقصيره، وأولى العالم بالقيمة فيزيد عليها، فلا كلام له لأنه واهب.

وبالجملة فإن الخيار بالغبن لا يثبت إلا بالاستسلام على النحو الذي ذكرناه، فلا يثبت فيما عدا ذلك، ولو خرج الغبن عن معتاد العقلاء في القلة والكثرة بأن يقل جدًا أو يكثر جدًا، كأن يشتري ما يساوي دينارا بعشرة أو عكسه، وقد قال ﷺ: «لاَ يَبِعْ حَاضِرٌ لِبَادٍ، دَعُوا النَّاسَ فِي غَفَلاَتِهِمْ يَرْزُق اللَّهُ بَعْضَهُمْ مِنْ بَعْضٍ».

ولكن عدم رد المبيع بالغبن ما لم يكن البائع أو المشتري به وكيلا أو وصيًا وإلا ردّ ما صدر منهما بالغبن من بيع أو شراء. فإذا باعا بغبن وفات المبيع رجع الموكل والمحجور عليه على المشتري بما وقع الغبن والمحاباة به، فإن تعذر الرجوع على المشتري رجع على البائع وهو الوكيل والوصي بذلك، وإن اشترى الوكيل والوصي بغبن وفات ذلك المُشْتَرَى رجع الموكل والمحجور على البائع بما وقعت المحاباة والغبن به، فإن تعذر الرجوع على البائع رجعا على المشتري، وهو الوكيل والوصي.

ولا يرد المبيع بسبب غلط وقع في جهل الاسم الخاص للمبيع مع تسميته باسمه العام الذي يشمله وغيره، والمعقود عليه معلوم بشخصه، كأن يشتري أو يبيع هذا الحجر ثم يتبين أنه ياقوتة مثلا، لأنه يسمى حجرًا، فيفوز به المشتري ولو اشتراه برخص، ولا كلام للبائع لتفريطه. أما إذا سمي باسم خاص فإذا هو ليس المسمى بذلك الاسم الخاص فله الرد، كما لو قال: من يشتري مني هذه الزجاجة؟ فاشتراها، فإذا هي ياقوتة، أو قال: ياقوتة، وهي زجاج.

وثبوت الخيار بالغبن هو مذهب مالك وأحمد بن حنبل في إحدى الروايتين عنه، ودليلهم: أن هذا غبن حصل له لجهله بالمبيع، فأثبت له الخيار قياسًا على الغبن في تلقي الركبان، لأنهم كانوا يتلقون الأجلاب الذين يجلبون السلع، فيشترون منهم الأمتعة قبل أن يهبطوا الأسواق، فربما غبنوهم غبنا بينا فيضروا بهم، وربما أضروا بأهل البلد، فنهى

عنه الرسول ﷺ فقال: «لاَ تَلَقُّوا الجَلَبَ، فَمَنْ تَلَقَّاهُ فَاشْتَرَى مَنْهُ فَإِذَا أَتَى السُّوقَ فَهُوَ بِالخِيَارِ»، فأثبت للبائع الخيار لأجل الغبن والخديعة، وما هنا كذلك، لأن الكذب على من استأمنه واستسلم له خديعة، والاستسلام كالشرط بعدم الغبن، وتخلف الشرط يوجب الخيار.

وذهب أبو حنيفة والشافعي وأحمد في إحدى الروايتين عنه، إلى عدم ثبوت الخيار بالغبن، فالمغبون بالاستسلام يلزمه البيع، لأن نقصان قيمة السلعة مع سلامتها لا يمنع لزوم العقد كغير المغبون، وكالغبن اليسير، ولأن حبان بن منقذ أصابته شجة في رأسه فكان يخدع في البيع، فشكا أهله إلى النبي ﷺ، فقال: «إِذَا بِعْتَ فَقُلْ لاَ خِلاَبَةَ، وَلَكَ الخِيَارُ ثَلاَثًا»، فلو ثبت خيار الغبن لما تقدر بالثلاث.

والجواب أن الحديث حجة لنا لا علينا، لقوله «لاَ خِلاَبَةَ» أي لاَ خَديعة في الشرع، فدل الحديث على نفيها، وأنتم تثبتونها بقولكم إن المغبون لجهله يلزمه البيع.

وقالوا أيضًا: قال الله تعالى: ﴿**لاَ تَاكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالبَاطِلِ إِلاَّ أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ**﴾[1]، وهذه تجارة، والجواب أن الاستثناء منقطع، وتقديره إلا أن تكون تجارة فكلوها بالسبب الحق، وهذا ليس حقًّا لقوله ﷺ: «لاَ ضَرَرَ وَلا ضِرَارَ»، رواه مالك والدارقطني.

وقالوا: إن القيمة لم يتناولها العقد، بدليل أنه لو وجدت قيمة المعيب أضعاف ثمنه، له الرد، فلو كان المعقود عليه القيمة، لم يكن له الرد لعدم الضرر، وإذا لم تكن القيمة معقودًا عليها فيكون الخلل في غير المعقود عليه، فلا يضر.

والجواب أن العقود إنما تعتمد وصف المالية، بدليل أن ما لا يتمول لا يصح بيعه، وإذا كان معتمد العقد وصف المالية كان الخلل فيها خللا في المعقود عليه، ولو لم يكن الغرض المالية في العقد لبطل الرضا بالعيب المنقص لها.

وحيث قلنا بالخيار في الغبن فقيل حده الثلث، لقوله ﷺ: «الثُّلُثُ، والثُّلُثُ كَثِيرٌ»، وقيل: ما شهدت العادة به أنه ليس من الغبن الذي يقع بين التجار، وهذا أولى، لأن ما لا يرد الشرع بتحديده يرجع به إلى العرف، فينبغي تحديده بما لا يتغابن به الناس عادة. هذا، ومن صور الغبن تشبيه السلعة بغير جنسها فيغبن بذلك، فله الرد.

---

(1) سورة النساء، الآية 29.

لمن تكون غلة المبيع المردود ونماؤه؟ إذا كان المشتري رد المبيع المعيب، فلا يخلو إما أن يكون بحاله لم يتغير، أو يكون قد نقص أو زاد.

فإن كان بحاله رده وأخذ الثمن.

وإن نقص فقد تقدم الكلام عليه في أقسام العيب الحادث: عيب قليل لا يؤثر نقصا، وعيب مفيت للرد، ويتعين الأرش على العيب القديم، وعيب متوسط يخير فيه المشتري بين الإمساك وأخذ الأرش للعيب القديم، أو الرد ودفع قيمة العيب الحديث.

أما إن زاد بعد القبض أو حصلت له فائدة فذلك أنواع:

* **النوع الأول**: أن يزيد المعقود عليه زيادة متصلة به متولدة منه، كسمن الحيوان بعد أن كان هزيلا، أو كبره بعد أن كان صغيرا كبرا لم يضعف القوى، وكتعلم الصنعة، والحمل قبل الوضع، والثمرة قبل الزهو.. فيرد المشتري المبيع المعيب بنمائه، هذا لأن النماء يتبع في العقود والفسوخ.

* النوع الثاني: أن تكون الزيادة متصلة بالمبيع غير متولدة منه، كصبغ ثوب أو خياطته، أو طرزه قبل الاطلاع على عيبه، أو نحو ذلك من كل زيادة في المبيع لا تنفصل عنه أو تنفصل بفساد .. فهذا مما اختلف فيه الأئمة: هل يرد المبيع المعيب مع هذه الزيادة؟

- فقال مالك، وأحمد في رواية عنه: إن المشتري مخير بين أن يأخذ أرش العيب القديم مع الإمساك بالمعيب، أو يرده ويكون شريكًا مع البائع بما يزيده الصبغ أو الخياطة أو الطرز على قيمة المبيع معيبا غير مصبوغ، وهذا إذا امتنع البائع من دفع قيمة ما زاده الصبغ ونحو، فإن قال البائع: أنا آخذ المعيب وأعطي قيمة ما زاد بالصبغ ونحوه، فلا اشتراك للمشتري، بل يرد الثوب بصبغه أو خياطته أو طرزه ويأخذ قيمة الزيادة.

ووجه هذا القول أن المشتري رد المبيع بعينه فأشبه ما لو لم يصبغه، ومتى رده لزمت الشركة ضرورة لعدم إمكان رده إلا برد شيء من ماله، ولأنها زيادة فلا تمنع من الرد كالسمن والكسب.

- وقال أبو حنيفة، وأحمد في أشهر الروايتين عنه: للمشتري الأرش على العيب القديم وليس له حق الرد، لأن في الرد مع المشاركة ضررًا على البائع، لأن المشاركة تشق فلم تجز، ولأن أخذ البائع بالمعيب بالصبغ ونحوه عقد معاوضة، فلا يجبر البائع

على قبولها كسائر المعاوضات، وقياس هذا النوع على السّمَن والكسب لا يصح، لأنه لا يأخذ عن السمن عوضًا، والكسب للمشتري لا يرده ولا يعاوض عليه، وما نحن فيه معاوضة.

الجواب عن قولهم إن الرد مع المشاركة ضرر على البائع: إنه لا بد من أحد الضررين: إما إلزام المشتري معيبًا لم يتعاقد عليه، أو إلزام البائع معاوضة لم يرض بها، والبائع أولى أن يحمل عليه الضرر لتقدم حق المشتري بالعقد.

وقال الحنفية: إن رد المبيع المعيب لا يكون إلا لمحل العقد وحده حتى يكون فسخًا، وهذه الزيادة المتصلة كصبغ الثوب والخياطة والبناء وغرس الأشجار ونحوها لا يمكن فصلها عن محل العقد، فيتعذر رد المحل وحده، فلو رده كانت الزيادة معه فيكون ربا.

وجوابه: إنما تلزم شبهة الربا لو رد المبيع لبائعه بتلك الزيادة من دون عوض، والأمر ليس كذلك، لأن من يرى تخيير المشتري بين الإمساك والرد يقول: إنه إذا اختار الرد يكون شريكًا للبائع في الثوب الذي صبغه المشتري أوخاطه بقيمة الصبغ أو الخياطة، كما تقدم.

وقولهم إن الرد لا يكون إلا لمحل العقد وحده حتى يكون فسخًا، قلنا: هذا هو الأصل، ولكن هنا اقتضت الضرورة أن لا يكون الرد لمحل العقد وحده، إذ لا يمكنه رده إلا برد شيء من ماله معه، فالمشاركة وإن كانت ضارة بالبائع إلا أن دفع ضرر المشتري أولى لتقدم حقه بالعقد كما تقدم.

ولقائل أن يقول: إن المشتري لا يلحقه بعدم الرد ضرر أصلا، ما دام من حقه أن يأخذ أرش العيب القديم، وبه يزول الضرر عنه، بينما الرد مع المشاركة في الملك بنسبة ما زاد عند المشتري يضر البائع بسبب إجباره على قبول مشاركة المشتري، فلم يلحق بالمشتري ضرر حتى يقال دفع ضرره أولى لتقدمه، فالراجح - والله أعلم - قول من يمنع الرد ويثبت الأرش على العيب القديم في هذا النوع.

- وقال الشافعي: ليس للمشتري إلا رد المبيع في هذا النوع، وليس له الأرش على العيب القديم، لأنه أمكنه رده فلم يملك أخذ الأرش، كما لو سمن الحيوان عنده أو كسب.

وجوابه أنه لا يسقط حقه من الأرش بامتناعه من الرد، لأنه لا يمكنه رده إلا برد شيء من ماله معه، فكان كما لو تعيب المبيع عند المشتري، فطلب البائع أخـذه مع أخذ

أرش العيب الحادث، فإنه يستحق الأرش إذا رده، فكذا هنا، فإن امتناعه عن الرد لا يسقط حقه في الأرش.

* **النوع الثالث**: أن تكون الزيادة من غير عين المبيع، أي لم تكن متولدة عنه، وهي المنافع الحاصلة من جهته كالاستخدام والكسب وأجرة الدابة أو السيارة أو الدار، وكذا ما يوهب للمبيع المعيب أو يوصى به له، فكل ذلك للمشتري فلا يرده، لأنه في مقابلة ضمانه، لأن المبيع لو هلك قبل الرد كان من مال المشتري، وهو معنى قوله ﷺ: «الخَرَاجُ بِالضَّمَانِ»، رواه أبو داود والشافعي وابن ماجه وابن حبان.

وهذا الحديث له سبب: هو أن رجلين ابتاع أحدهما من صاحبه غلامًا، فلما أقام عنده مدة من الزمن وجد به عيبًا، فأراد رده إلى من اشتراه منه فأبى الآخر، فرفعت القضية إلى رسول الله ﷺ، فحكم الرسول ﷺ برد الغلام إلى مالكه الأول، فيعلل ذلك الرجل رفضه قائلاً: يا رسول الله، لقد استغل غلامي هذا، فقال الرسول ﷺ: «الخَرَاجُ بِالضَّمَانِ»، وفي رواية: «الغَلَّةُ بِالضَّمَانِ».

وموضوع هذا الحديث أن الشيء الذي تكون مؤنته على شخص، وإذا تلف يكون تلفه عائدًا عليه، يقال لذلك الشيء: إنه في ضمانه. وبمقابلة هذا تكون منافعه خاصة به، سواء انتفع بها أو تنازل عنها - وهذا الغلام كان في ضمان مشتريه في هذه الفترة، لأن مؤنته كانت عليه، ولو تلف كان تلفه من ماله لا يرجع على غيره بشيء، فما أخذه من غلته وأجرته كان مباحا له بسبب هذا الضمان - ويسرى هذا الحكم في كل شيء رده مشتريه بسبب عيب بعد أن قبضه واستغله من غير أن يعلم بما فيه من العيب. وهذا قول الأئمة الأربعة، ولا يعرف لهم مخالف في هذا.

* **النوع الرابع**: أن تكون زيادة المعقود عليه منفصلة متولدة منه، كنتاج الماشية، واللبن، والصوف غير التام حين الشراء، والثمرة غير المؤبرة حين الشراء، فاختلف الأئمة في هذا النوع من الزوائد الحادثة في يد المشتري، هل ترد مع المبيع المردود، أم يفوز بها المشتري فيرد الأصل دونها؟

- فذهب مالك والشافعي، وأحمد في أشهر الروايتين عنه: إلى أن الزوائد الحادثة عند المشتري كلها يفوز بها مجانًا، فغلة ما رد بالعيب ثابتة له من حين عقد البيع وقبض المشتري له إلى فسخه بسبب العيب، ودخوله في ضمان البائع إما بتراضي المتبايعين أو بحكم الحاكم.

والغلة التي يفوز بها المشتري: ما لا يكون استيفاؤها دليلا على الرضا بالعيب، وهي التي استغلها المشتري قبل الاطلاع على العيب، سواء نشأت عن تحريك غير منقص له كسكنى دار، أو نشأت بلا تحريك للمبيع كاللبن والصوف.

وكذا الغلة التي كانت بعد الاطلاع على العيب ونشأت لا عن تحريك كاللبن، سواء كانت في زمن الخصام أو قبله ولم يكن طويلا، أو كانت بعد الاطلاع على العيب ونشأت عن تحريك غير منقص للمبيع، كسكنى الدار، بشرط أن يكون في زمن الخصام لا قبله.

أما الغلة التي لا يحصل معها فسخ البيع ورد المبيع المعيب لدلالتها على الرضا بالعيب، فهي الحاصلة بعد الاطلاع على العيب، ونشأت عن تحريك منقص للمبيع، كركوب دابة واستعمالها في حرث أو درس أو حمل، وكلبس ثوب، أو إجارة معيب، ونحو ذلك، سواء كان ذلك في زمن الخصام أو قبله، فإن ذلك وأمثاله يدل على الرضا بالعيب، وكذلك استغلال نشأ عن تحريك غير منقص، كسكنى دار وقراءة في المصحف والمطالعة في الكتب، وكانت قبل زمن الخصام وبعد الاطلاع على العيب، فإنه يدل على الرضا، فيمنع من رد المبيع، وكذلك الغلة التي ليست ناشئة عن تحريك أصلا وكانت قبل زمن الخصام وطال.

* وعلى هذه الضوابط، فإذا اشترى شاة لا صوف عليها ثم حدث لها عند المشتري صوف فجزه، ثم وجد بالشاة عيبا وردها، فإنه يفوز بالصوف، لأنه نشأ في ملك المشتري، وكذا لو اشتراها وعليها صوف غير تام عند البيع وجزه قبل القيام بالعيب، فإنه يفوز به، فإن قام بالعيب قبل الجزاز، فهل يكون غلة بالتمام فيفوز به إذا رد المبيع، أو يكون غلة بالجز فلا يفوز به إذا رد قبل الجزاز؟ في ذلك خلاف.

وأما إن كان الصوف تاما عند العقد، فإن رد أصله بعيب رد الصوف معه، لأنه مبيع داخل في الشراء، ومحل رد الصوف إن لم يحصل بعد جزه مثله عند المشتري، فإن عاد صوف آخر عنده فلا رد لجبر الصوف بالصوف، وإن فات الصوف ولم يحصل مثله عند المشتري رد وزنه.

وكذلك الثمرة غير المؤبرة عند الشراء، فإنها يفوز بها المشتري إذا حصل الرد بعد جزها، فلا يردها للبائع إذا رد المعيب، وإن حصل الرد قبل جزها ردها للبائع ما لم تزه،

فإن أزهت فاز بها المشتري، أما الثمرة المؤبرة فإنها ترد مع الأصل للبائع إذا رد الأصل بعيب، ولو جزها المشتري لأنها مبيع، فإن فاتت عنده رد مثلها إن علم قدرها، ورد قيمتها إن لم يعلم.

وحجة القول بأن الزوائد الحادثة لا تمنع رد المبيع دونها، هي أن هذه الزوائد نماء حادث عند المشتري في ملكه، فلم يمنع الرد قياسًا على الكسب، ذلك أن الفسخ لا يتناول إلا ما تناوله العقد، ولم يتناول العقد الزوائد بل استفادها المشتري بملك، فلا يتناولها حكم الفسخ، كما لا يتناولها حكم البيع إذا حدثت عند البائع.

ولأن هذه الزوائد نماء منفصل، فجاز رد الأصل من دونه كالكسب والثمرة ولا فرق، ولقوله ﷺ في الحديث السابق: «الخَرَاجُ بالضَّمَانِ»، وهذه الزوائد خراج في مقابلة الضمان.

- واستثنى مالك الولد من الزوائد الحادثة عند المشتري، فيرده مع أمه، سواء اشترى الأم حاملا أم حملت عنده، فوجد بها بعد الولادة عيبًا، وسواء كانت الأم آدمية أو إبلا أو بقرا أو غنما فيرده مع أمه، لأنه ليس بغلة، خلافا للسيوري من المالكية، حيث جعل الولد غلة، ولا شيء على المشتري في ولادتها إذا ردها إلا إذا نقصتها الولادة فيرد معها ما نقصها، إلا أن يجبر ذلك النقص الحاصل بالولادة، بالولد، فيجبر به ولا شيء عليه حينئذ.

- وقال الشافعي وابن حنبل: لا يرد الولد أيضًا كسائر الزوائد واحتجا:

أولا: بأن الخراج بالضمان، والولد خراج، فلا يرد.

وثانيا: إن الولد نماء منفصل، فجاز رد الأصل من دونه قياسًا على الكسب والثمرة.

والجواب عن الأول: لا نسلم أن الولد يسمى خراجًا، بل هو كالعضو يتبع الأبوين في العقود، لأن الرد حكم فسرى إلى الولد كالكتابة.

والجواب عن الثاني: منع القياس، فإن الولد على خلق أمه فيتبعها في العقود والفسوخ، بخلاف الثمرة فإنها لا تدخل إلابشرط.

ولكن قد يقال: إن الولد الذي وجد بعد الشراء ليس بمبيع مع أمه، فلا يمكن رده بحكم رد الأم، وما ذكر من سريان حكم رد الأم إلى الولد يبطل بنقل الملك بالهبة والبيع وغيرهما، فإنه لا يسرى إلى الولد بوجوده مع الأم، فمن وهب حيوانًا مثلا أو باع

فلا تشمل الهبة ولا البيع ولد ذلك الحيوان إلا بالتصريح بدخوله، فالقول بكون الولد يتبع أمه في العقود والفسوخ غير مسلم، فقول الشافعية والحنابلة في عدم رد الولد مع المعيب أقوى، والله أعلم.

- وذهب أبو حنيفة إلى أن النماء الحادث في يد المشتري يمنع الرد بالعيب. احتج على مذهبه بما يلي:

1 - إنه لا يمكن رد الأصل من دونه لأنه من موجبه، فلا يرفع العقد مع بقاء موجبه، ولا يمكن رده معه، لأنه لم يتناوله العقد، فلا يتناوله الفسخ.

والجواب أنه نماء حدث في ملك المشتري فلم يمنع الرد كالزيادة الحاصلة من غير المبيع، كالكسب وأجرة المبيع قبل الاطلاع على العيب وكالاستخدام، فإنها لا ترد باتفاق ويرد الأصل وحده، وكذا هنا، وقياسا على الزيادة المنفصلة المتولدة منه قبل القبض فإنها لا تمنع الرد عند أبي حنيفة، وكذا الزوائد التي هلكت في يد المشتري بعد حدوثها، فإنها أيضًا لا تمنع من رد المبيع المعيب، فكذا ما نحن فيه.

وقولهم إن النماء من موجب العقد غير صحيح، بل موجبه الملك، ولو كان النماء موجبا للعقد لعاد إلى البائع بالفسخ، ولكنه لا يعود، لأنهم يمنعون الرد، وهو لا يتفق مع مبدأ أن النماء من موجب العقد.

2 - قال الحنفية أيضًا: الزوائد الحاصلة في يد المشتري تمنع رد المعيب إلى من له الخيار إذا كانت زيادة منفصلة متولدة من المبيع، كالولد واللبن والصوف في الحيوان والثمرة من الشجر، إذا كانت حاصلة بعد القبض فيتعين على المشتري إمساك المعقود عليه ناقصًا بالعيب القديم، لأن رده في هذه الحالة إن كان من دون الزيادة الحادثة عند المشتري أخذها المشتري من دون عوض، فتكون ربا، ولو رده مع الزيادة من الولد والصوف واللبن لأخذها الآخر من دون مقابل.

الجواب: إن هذه الزوائد نماء حادث عند المشتري في ملكه فلم يمنع الرد دونها، كالكسب والأجرة، لأن المبيع قبل الرد بالعيب في ضمان مشتريه، فما أخذه من الزوائد الحادثة عند المشتري كان مباحًا له بسبب هذا الضمان، فلا يقال إن رد المبيع دون هذه الزوائد أخذ لها من دون عوض فلا يتأتى كونه من الربا، لأن هذه الزيادة ملكه لا ملك غيره.

ولكن هل يسوغ للمشتري عند الامتناع من الرد بالعيب القديم أن يرجع على البائع بقيمة النقصان، أو لا يجوز له ذلك، بل يجب عليه إمساك المعقود عليه ناقصا دون تعويض؟

الجواب: إن له الرجوع في الحالات التالية: إذا هلك المعقود عليه أو تعيب بغير فعل المشتري، سواء كان ذلك بعد علمه بالعيب أو قبله، وكذا إذا تعيب بفعله أو استهلكه، بأن يكون المبيع المعيب قماشا فقطعه ثوبًا أو كان طعامًا فأكله، بشرط أن يفعل ذلك وهو لا يعلم ما فيه من العيب، فإن كان عالمًا بالعيب قبل أن يفعل ذلك لا يرجع بالنقصان، لأنه بفعله هذا يكون راضيًا.

فكل حالة امتنع الرد فيه بسبب الزيادة عند المشتري له الحق بالرجوع على البائع بقيمة النقص، أما إذا رضي المشتري بالعيب صريحًا أو دلالة أو خرج المعيب عن ملكه، فليس له الرجوع.

الفصل السابع

اختلاف المتبايعين[1]

للاختلاف الذي يقع بين المتبايعين صور وأقسام:

أولا: الاختلاف في وقوع العقد:

فيصدق منكره بيمينه، لأن الأصل عدم العقد، سواء كان المنكر هو البائع أوالمشتري. وهذا إجماع.

ومن هذا القبيل أيضًا ما لو تنازعا في عين في يد أحد، هل هي أمانة أو سلف أو بيع؟ فالقول لمنكر البيع، لأن الأصل عدم انتقال الملك.

ثانيا: الاختلاف في صحة العقد وفساده:

كأن يدعي أحدهما ما يفسد العقد، أو الشرط الفاسد، فقال: بعتك بخمر، أو خيار مجهول، وقال الآخر: بل بعتني بنقد معلوم، أو خيار ثلاث، أو قال أحدهما: وقع البيع وقت الضحى يوم الجمعة، وقال الآخر: بل وقع وقت النداء الثاني، ولا بينة بينهما، فالقول قول من يدعي الصحة بيمينه، لأن ظهور تعاطي المسلم العقد الصحيح أكثر من تعاطيه للفاسد.

وهذا ما لم يؤد تصديق مدعي الصحة إلى الاختلاف في الثمن بالزيادة أو النقصان، كأن يدعي البائع أن البيع كان بمائة، وادعى المشتري أنه كان بقيمتها، والقيمة قد تزيد على المائة أو تنقص فهي مجهولة، فلا يصدق مدعي الصحة في هذه الحالة، بل يرجع الحكم إلى الاختلاف في قدر الثمن، وسيأتي.

قال الفقهاء: وتصديق مدعي الصحة لكونها هي الأصل في تصرفات المسلمين، وأن تعاطي المسلم العقد الصحيح أكثر من تعاطيه العقد الفاسد، قالوا: إن ذلك ما لم يغلب

---

(1) من مراجع هذا المبحث:
الذخيرة للقرافي جـ 5 ص 320 - 333.
الشرح الكبير للدردير ج 3 ص 188 - 195.
بداية المجتهد جـ 2 ص 144 .

الفساد في ذلك العقد الذي وقع التنازع في صحته وفساده، أما إذا غلب الفساد في ذلك العقد عند وقوعه بين الناس، فالقول لمدعي الفساد، كأن ادعى أحدهما فساد الصرف والسلم والمغارسة، وأنكر الآخر ذلك، فالقول لمدعي الفساد، لأنه الغالب في هذه العقود، لخفاء أحكامها على أكثر الناس، لكثرة شروطها.

ولو قال: بعتك مكرها، فأنكره الآخر، فالقول قول المشتري، لأن الأصل عدم الإكراه وصحة البيع.

وإن قال: بعتك وأنا صبي، وادعى المشتري أنه اشترى منه وهو بالغ، فالقول قول المشتري، لأنهما اتفقا على العقد واختلفا فيما يفسده، فكان القول قول من يدعي الصحة، لأن الأصل عدم الفساد كالتي قبلها.

وقيل: القول قول من يدعي الصغر لأنه الأصل، فادعاء الصغر يفارق ادعاء الإكراه حيث يصدق المشتري، لأن الأصل عدم الإكراه، وههنا الأصل بقاء الصغر، ويفارقها أيضًا أن الظاهر من المكلف أنه لا يتعاطى إلا الصحيح فرجح ذلك عدم الإكراه، وفي مسألة ادعاء الصبا لم يثبت كونه مكلفًا فافترقا، وعلى كل فالمسألة مفروضة على القول بأن بيع الصبي لا يصح، وأما على القول بصحة بيع الصبي المميز فالمصدق هو المشتري قولا واحدًا، إلا أن يدعي أنه باع له وهو صبي مميز ولكنه غير مأذون له في البيع، فيأتي الخلاف السابق.

وإن قال: بعتك وأنا مجنون، فإن لم يعلم له حال جنون فالقول قول المشتري، لأن الأصل عدم الجنون، وإن ثبت أنه كان مجنونًا فهو كالصبي. هذا كله عند عدم البينة كما تقدم.

ثالثها: الاختلاف في جنس الثمن أو المثمن:

بأن قال البائع: بعته لك بدينار، وقال المشتري: بل بثوب، أو في جنس المثمن، كبعتك هذه النعجة بدينار، فقال المشتري: بل بعت لي الثوب، وأولى إذا اختلفا فيهما معا، فالحكم أن يحلف كل منهما على إثبات دعواه ورد دعوى صاحبه، وفسخ البيع مطلقا، سواء أشبها في دعواهما أو لا، أو انفرد أحدهما بالشبه، وسواء كان المبيع قائمًا لم يفت، أو فات، والفوات يكون بهلاك، أو بتغير الأسواق، أو بزيادة المبيع ونقصانه.

فإن كان المبيع قائمًا لم يفت رده بعينه، وإن فات رد قيمته إن كان مقومًا، ورد مثله إن كان مثليًا. والقيمة تعتبر يوم البيع لا يوم الفوات ولا يوم الحكم، لأن يوم البيع أول زمن تسلط المشتري على المبيع، وقيل تعتبر القيمة يوم ضمان المشتري، وعلى البائع أيضًا رد الثمن إلى المشتري.

رابعها: الاختلاف في قدر الثمن أو المثمن:

كأن يقول البائع بعشرين، ويقول المشتري بعشرة، أو في قدر المثمن، بأن قال: أسلمتك دينَارا في ثوبين أو قنطارين، فقال المسلم إليه: بل في ثوب أو قنطار، ولم تكن هناك بينة، فإما أن يكون المبيع قائمًا لم يفت، أو بعد فوته بحوالة أسواق أو زيادة أو نقصان:

1 - فإن كانت السلعة قائمة لم تفت، فقيل: يتحالفان ويتفاسخان، سواء أشبه كل منهما أو أحدهما في دعواه، أم لا.

وقيل: يتحالفان ويتفاسخان قبل القبض، وبعد القبض القول قول المشتري بيمينه.

وقيل: يتحالفان ويتفاسخان قبل القبض، وبعده ما لم يبن بالمبيع، أي لم يغب به بعد القبض، فالقول للمشتري.

وقيل: القول قول المشتري مع يمينه على كل حال.

ويتبين من هذه الأقوال أن الفقهاء متفقون، إلا من شذ منهم، على أن المتابيعين إذا اختلفا في مقدار الثمن أو المثمن يتحالفان ويتفاسخان في الجملة، ولكنهم يختلفون في الوقت الذي يحكم فيه بالأيمان والتفاسخ، وسند هذا الاتفاق حديث ابن مسعود أن رسول الله ﷺ قال: «إِذَا اخْتَلَفَ المُتَبَايِعَانِ فَالقَوْلُ قَوْلُ البَائِعِ، وَالمُشْتَرِي بِالخِيَارِ»، رواه الإمام أحمد، وفي رواية قال: «إذا اختلفَ البَيِّعَانِ وليسَ بَيْنَهُمَا بَيِّنَةٌ، والـمَبِيعُ قَائِمٌ بِعَيْنِهِ، فَالقَوْلُ قَوْلُ البَائِعِ، أَوْ يَتَرَادَّانِ البَيْعَ»، وفي رواية قال: «أيُّمَا بَيِّعَيْنِ تَبَايَعَا فَالقَوْلُ قَوْلُ البَائِعِ، أَوْ يَتَرَادَّانِ»، فهذه الأحاديث وإن كان فيها مقال بالانقطاع والإرسال والضعف، إلا أن لها طرقا متعددة يقوي بعضها بعضا.

فمن حمل هذه الأحاديث على وجوب التفاسخ وعمومه، قال: يتحالفان في كل حال ويتفاسخان، والعلة في ذلك عندهم أن كل واحد منهما مدع ومدعى عليه، فإن البائع يدعي عقدًا بعشرين مثلا ينكره المشتري، والمشتري يدعي عقدًا بعشرة ينكره البائع، والعقد بعشرة غير العقد بعشرين، فشرعت اليمين في حقهما.

وأما من رأى أن الحديث إنما يجب أن يحمل على الحالة التي يجب أن يتساوى فيها دعوى البائع والمشتري، قال: إذا قبض السلعة فقد صار القبض للمشتري شبهة لصدقه، واليمين إنما يجب على أقوى المتداعيين شبهة، وهذا أصل مالك في الأيمان، فإذا انضم إلى قبض المشتري للمبيع غيبته وانفصاله به كان ذلك أكثر دلالة على صدقه من مجرد القبض، فيصدق بيمينه، لأن البائع ائتمنه، وإذا كان المدعي في موطن أقوى شبهة وجب أن يكون اليمين في حيزه.

وأما من قال: القول للمشتري على كل حال، فزعم أن البائع يدعي عشرة زائدة ينكرها المشتري، والقول قول المنكر، فهم يرون أن البائع مقر للمشتري بالشراء ومدع عليه عددا مّا في الثمن، وهو ينكره.

وهذا مردود بما تقدم من أن كلا منهما مدع ومدعى عليه، فكما أن المشتري ينكر ما يدعيه البائع فإن البائع ينكر ما يدعيه المشتري، فكلاهما مدع ومدعى عليه، فلا معنى من اعتبار المشتري وحده منكرًا.

هذا الذي تقدم في الاختلاف في الثمن والسلعة قائمة.

2 - أما إذا اختلفا في الثمن بعد فوات السلعة، والفوات عند مالك يكون بحوالة السوق فأعلى، فاختلف الناس في حكمه على أقوال:

* القول الأول: يتحالفان ويتفاسخان، مثل ما لو كانت السلعة قائمة، ووجه هذا القول:

أولا: إن القيمة تقوم مقام العين إذا فاتت، ولذلك سميت قيمة.

وثانيا: عموم قوله ﷺ: «إذا اخْتَلَفَ الـمُتَبَايِعَانِ وَلَيْسَ بَيْنَهُمَا بَيِّنَةٌ فَالقَوْلُ مَا قَالَ البَائِعُ، أَوْ يَتَرَادَّانِ البَيْعَ»، رواه سعيد وابن ماجه.

وثالثا: لأن كل واحد منهما مدع ومنكرٌ، فيشرع اليمين مثل حال قيام السلعة.

ورابعًا: إن التحالف إذا ثبت مع قيام السلعة مع أنه يمكن معرفة ثمنها للمعرفة بقيمتها - إذ الظاهر أن الثمن يكون بالقيمة - فثبوت التحالف مع تعذر ذلك بسبب فوات السلعة من باب أولى.

* القول الثاني: إن المشتري إن أشبه في دعواه فالقول قوله بيمين، سواء أشبه البائع أم لا، فإن حلف أي المشتري قضي له به، فإن نكل حلف البائع. فإن انفرد البائع بالشبه

فالقول قوله بيمين، فإن لم يشبه واحد منهما حلفا وفسخ البيع وردت قيمة السلعة يوم بيعها، لأنه أول زمن تسلط المشتري على المبيع، هذا إذا كان المبيع مقوما، فإن كان مثليا رد مثله.

ومتى اختلفا في قيمة السلعة رجعا إلى قيمة مثلها موصوفًا بصفتها، وَنُكُولُهُمَا كحلفهما فيفسخ البيع وترد القيمة أو المثل ويقضى للحالف على الناكل، وهذا القول هو الراجح.

* القول الثالث: إن المصدق هو المشتري مطلقًا بعد فوات السلعة بيمينه، سواء أشبه أو لا، وحجة هذا ما جاء في بعض رواية الحديث السابق، إذ قال فيه: «إِذَا اخْتَلَفَ الْمُتَبَايِعَانِ وَالسِّلْعَةُ قَائِمَةٌ وَلاَ بَيِّنَةَ لِأَحَدِهِمَا، تَحَالَفَا»، وقوله في هذا الحديث: «وَالسِّلْعَةُ قَائِمَةٌ» مفهومه أنه لا يشرع التحالف عند تلفها وفواتها، ولأنهما اتفقا على نقل السلعة إلى المشتري واستحقاق عشرة مثلا في ثمنها واختلفا في عشرة زائدة، البائع يدعيها فيقول الثمن عشرون، والمشتري ينكرها فيقول عشرة، والقول قول المنكر.

وأجيب: بأن الزيادة في الحديث «وَالسِّلْعَةُ قَائِمَةٌ» لم تثبت في شيء من الأخبار، قالوا: أخطأ في زيادتها أحد الرواة، وأما قولهم إن المشتري منكر والقول قول المنكر فغير صحيح، بل كل واحد منهما مدع ومنكر، فيشرع اليمين كحال قيام السلعة.

من يبتدئ باليمين؟ المبتدئ باليمين هو البائع، فيحلف ما بعته بعشرة وإنما بعته بعشرين، فإن شاء المشتري أخذه بما قال البائع فله ذلك، وإلا يحلف ما اشتريته بعشرين وإنما اشتريته بعشرة.

وإنما بدأ البائع باليمين لقوله ﷺ: «فَالقَوْلُ مَا قَالَ البَائِعُ، وَالْمُشْتَرِي بِالخِيَارِ»، رواه الإمام أحمد، ومعناه أن المشتري إن شاء أخذ بما قال البائع وإن شاء حلف، ولأن جانب البائع أقوى، لأن الأصل استصحاب ملكه، والمشتري يدعي إخراجه بغير ما رضي به، فإذا تحالفا عاد المبيع إليه، فكان أقوى كصاحب اليد.

وقال أبو حنيفة: يبتدأ بيمين المشتري لأنه منكر، واليمين في جانبه أقوى، والجواب أن كل واحد منهما منكر فيتساويان من هذا الوجه.

ويقدم النفي في الحلف بأن يقول البائع ما بعتها بثمانية بل بعتها بعشرة، ويحلف المشتري ما اشتريتها بعشرة ولقد اشتريتها بثمانية، فلو قدم الإثبات على النفي فلا تعتبر

يمينه ولا بد من إعادتها، نعم يجوز الاقتصار على ما فيه الحصر، كقول البائع ما بعتها إلا بعشرة، وقول المشتري ما اشتريتها إلا بثمانية، أو إنما اشتريتها بثمانية.

هل الفسخ يتوقف على قضاء الحاكم؟ إذا تحالفا لم ينفسخ البيع بنفس التحالف لأنه عقد صحيح، فتنازعهما وتعارضهما لا يفسخه، كما لو أقام كل واحد منهما بينة بما ادعاه، لكن إن أقر أحدهما بما قال صاحبه أقر العقد بينهما وإن لم يرضيا، فهل لكل واحد منهما الفسخ، أو يقف على حكم الحاكم به، أو يقع الفسخ بمجرد التحالف ولا يتوقف على حكم؟

قيل: يحصل الفسخ بمجرد التحالف كاللعان، وعلى هذا لو رضي أحدهما بإمضاء العقد بما قال الآخر لم يكن له ذلك، لحصول الفسخ على هذا القول بمجرد التحالف.

وقيل: يتوقف الفسخ على حكم الحاكم، فلا ينفسخ إلا إذا تراضيا على الفسخ بغير الحاكم فيثبت باتفاقهما، ووجه هذا القول إن العقد صحيح وأحدهما ظالم، وإنما يفسخه الحاكم لتعذر إمضائه في الحكم، فأشبه نكاح المرأة إذا زوجها الوليان وجهل السابق منهما، وهذا القول هو الراجح.

وقيل: لكل واحد منهما الفسخ ولو لم يرض الآخر لما روي أن النبي ﷺ قال: «إِذَا اخْتَلَفَ الْمُتَبَايِعَانِ وَلَيْسَ بَيْنَهُمَا بَيِّنَةٌ فَالقَوْلُ مَا قَالَ البائِعُ، أَوْ يَتَرَادَّانِ البَيْعَ»، رواه ابن ماجه فظاهر قوله: «أَوْ يَتَرَادَّانِ البَيْعَ» استقلالهما بذلك، وفي رواية قال: «إِذَا اخْتَلَفَ الْمُتَبَايِعَانِ اسْتُحْلِفَ البَائِعُ، ثُمَّ كَانَ الْمُشْتَرِي بِالخِيَارِ، إِنْ شَاءَ أَخَذَ وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ»، وهذا ظاهر في أنه يفسخ من غير حاجة إلى حكم الحاكم، لأنه جعل الخيار إليه، فأشبه من له خيار الشرط أو الرد بالعيب، ولأنه فسخ لاستدراك الظلامة، فأشبه الرد بالعيب، ولا يشبه النكاح لأن لكل واحد من الزوجين الاستقلال بالطلاق.

وهذه الأقوال في الفسخ بالحاكم، أو هو حق لكل منهما، أو ينفسخ بمجرد التحالف، تجري سواء كان التحالف في حال بقاء السلعة قائمة، أو كان بعد فواتها.

فإن تجاهلا قدر الثمن بأن ادعى كل منهما أو وارثه أنه لا يعلم قدر ما وقع به البيع، فإنه يحلف على أنه لا يعلم قدره، فإذا حلفا أو نكلا أو حلف أحدهما دون الآخر فسخ البيع وردت السلعة للبائع أو وارثه إن كانت قائمة، فإن فاتت ولو بحوالة الأسواق رد قيمتها إن كانت مقومة، ومثلها إن كانت مثلية، وبدأ الحلف هنا بالمشتري لأن تجاهل

الثمن كالفوات، فأشبه ما لو فاتت السلعة في ملكه، والقاعدة أن الفوات يوجب البدء بالمشتري، لأنه الذي يصدق أولاً إذا ادعى ما يشبه، سواء أشبه البائع أو لا.

فإن ادعى أحدهما العلم بما وقع به البيع وادعى الآخر الجهل، فإن وافقه الجاهل على ما ادعاه فالأمر ظاهر، فيعمل بما اتفق عليه من غير يمين، سواء أشبه قول مدعي العلم أم لا.

وإن لم يوافقه صدق مدعي العلم بيمينه إن كانت السلعة قائمة، وإن لم يشبه، وإن فاتت السلعة صدق مدعي العلم أيضًا بيمينه إن أشبه، فإن نكل ردت السلعة لبائعها إن كانت قائمة، وردت له القيمة إن فاتت.

هل الفسخ ينفذ ظاهرا أو باطنا، أم ينفذ ظاهرًا فقط؟ إذا وقع الفسخ بين المتعاقدين بعد التحالف:

فقيل: ينفذ ظاهرًا وباطنًا، لأنه فسخ لاستدراك الظلامة فهو كالرد بالعيب، أو فسخ عقد بالتحالف فأشبه الفسخ باللعان.

وقيل: إن كان البائع ظالمًا لم ينفسخ العقد في الباطن، لأنه كان يمكنه إمضاء العقد واستيفاء حقه، فلا ينفسخ العقد في الباطن ولا يباح له التصرف في المبيع لأنه غاصب، فإن كان المشتري ظالمًا انفسخ البيع ظاهرًا وباطنًا لعجز البائع عن استيفاء حقه، فكان له الفسخ كما لو أفلس المشتري.

وقيل: لا ينفسخ في الباطن بحال، ولو كان الفسخ من المظلوم منهما، وهذا القول فاسد، لأنه لو علم أنه لم ينفسخ في الباطن بحال لما أمكن فسخه في الظاهر، فإنه حينئذ لا يباح لكل واحد منهما التصرف فيما رجع إليه بالفسخ، ومتى علم أن ذلك محرم منع منه، ولأن الشارع جعل للمظلوم منهما الفسخ ظاهرا وباطنًا فانفسخ بفسخه في الباطن كالرد بالعيب.

وقيل: إنه إن فسخه الصادق منهما انفسخ ظاهرا وباطنا لذلك، وإن فسخه الكاذب عالمًا بكذبه لم ينفسخ بالنسبة إليه، لأنه لا يحل له الفسخ فلم يثبت حكمه بالنسبة إليه، ويثبت بالنسبة إلى صاحبه، فيباح له التصرف فيما رجع إليه، لأنه رجع إليه بحكم الشرع من غير عدوان منه، فأشبه ما لو رد عليه المبيع بدعوى العيب ولا عيب فيه.

خامسا: الاختلاف في النوع:

كالقمح والشعير، بأن قال البائع: أسلمت في قمح، وقال الآخر: في شعير، فقيل كالاختلاف في الجنس، وقد تقدم، فالحكم أن يحلف كل منهما على إثبات دعواه ورد دعوى صاحبه وفسخ البيع مطلقًا، أشبها في دعواهما أو انفراد أحدهما، كان المبيع قائما أو فات.

وقيل كالقدر، أي كالاختلاف في قدر الثمن، وقد تقدم بسطه.

سادسا: الاختلاف في قدر الأجل أو في الرهن والحميل أو في قدرهما:

بأن قال البائع: برهن أو بحميل، وقال المشتري: بل بلا رهن ولا حميل، أو اختلفا في قدر الرهن أو الحميل ولا بينة:

فقيل القول قول من ينفيه مع يمينه، لأن الأصل عدمه، فكان القول قول من يدعيه.

وقيل: إن ذلك كالاختلاف في قدر الثمن فيتحالفان، لأنهما اختلفا في صفة العقد فوجب أن يتحالفا، كما لو اختلفا في الثمن، فيفسخ بعد التحالف عند القيام فقط، وإن فات صدق المشتري إن أشبه، فإن انفرد البائع صدق بيمينه، وإن لم يشبها تحالفا وفسخ، وقضي بالقيمة في المقوم، وبالمثل في المثليّ.

أما إذا اختلفا في جنس الرهن أو نوعه، فقيل الحكم فيه كالحكم في اختلاف جنس الثمن؛ وهو الفسخ بعد التحالف مع قيام السلعة والفوات، وقيل كالاختلاف في قدر الثمن، وحينئذ يأتي ما قيل عن الاختلاف في قدر الثمن، فيكون الراجح عند الاختلاف في جنس الرهن أو نوعه أن السلعة إن كانت قائمة لم تفت أن يحلفا وفسخ البيع - والفسخ يكون بحكم حاكم، أو بتراض منهما عليه - هذا إذا كانت السلعة قائمة، فإن فاتت السلعة ولو بحوالة السوق، فالقول للمشتري بيمين إن أشبه، سواء أشبه البائع أم لا؟ فإن حلف قضي له به، فإن نكل حلف البائع، فإن انفرد البائع بالشبه فالقول له بيمين، فإن لم يشبه واحد منهما حلفا، وفسخ البيع، وردت قيمة السلعة يوم بيعها.

ومن الناس من جعل القبض كالفوات، فإن وقع الاختلاف بعد القبض فالقول قول المشتري بيمينه ولو كانت السلعة قائمة، لأنه إذا قبض السلعة فقد صار القبض للمشتري شبهة لصدقه، واليمين على أقوى المتداعيين شبهة.

النوع السابع: الاختلاف في انتهاء الأجل:

كأن يدعي البائع في أول شعبان أن الأجل شهر، وأوله هلال رجب، وقد انقضى، ويدعي المشتري بل أوله نصفه، فالانتهاء نصف شعبان، فالقول قول من ينفي الانتهاء مع يمينه، لأن الأصل عدم الحلول، فالقول قول من ينفيه، كأصلِ العقد لأنه منكر والقول للمنكر.

وهذا إن أشبه قوله عادة الناس في الأجل، سواء أشبه الآخر أم لا، فإن أشبه غير المنكر فقط فالقول قوله بيمينه، فإن لم يشبها معا حلفا وفسخ وردت السلعة إن كانت قائمة، وإلا فإن فاتت رد قيمتها، ويقضى للحالف على الناكل.

وأما إن اختلفا في أصل الأجل، بأن قال البائع: بلا أجل بل بالحلول، وقال المشتري: بل لأجلٍ كذا، فالمصدق من وافق قوله العرف في بيع السلع، فبعض السلع اعتيد الشراء فيه بالنقد مثل اللحم والبقول والأبزار وكثير من الثياب، فشأنها الحلول، وبعض السلع شأنها تأجيل الثمن كالعقار.

وينظر أيضًا إلى عرف الناس في حال البائع والمشتري، هذا إذا وافق العرف قول أحدهما، أما إذا وافق قولهما معا العرف، بأن كان الشأن في تلك السلعة أن تباع بِأَجَلٍ تارة وبالحلول تارة أخرى، أو لم يكن عرف في بيع تلك السلعة، تحالفا وتفاسخا، فترد السلعة لبائعها إن كانت قائمة، فإن فاتت صدق المشتري بيمينه إن ادعى أجلا قريبا لا يتهم فيه، وإلا فالقول للبائع إن حلف.

ثامنا: الاختلاف في قبض الثمن بعد الاتفاق على تسليم السلعة، أو الاختلاف في تسليم السلعة بعد الاتفاق في تسليم الثمن:

فإن اختلف البائع والمشتري في قبض الثمن، أو اختلف البائع وورثة المشتري في قبضه، فالأصل بقاؤه، فلو ادعى البائع على ورثة المشتري أن ثمن السلعة التي باعها لِمُورِّثِهِم لم يقبضه، وادعى الورثة أنه قبضه من مورثهم قبل موته، فلا يقبل دعواهم، لأن الأصل بقاء الثمن عند المشتري ما لم تقم لهم بينة بأن مورثهم أقبض ذلك قبل موته.

والأمر كذلك إذا اختلفا في قبض السلعة، بأن قال البائع: أقبضتها، وأنكر المشتري، فالأصل البقاء وعدم الإقباض في الثمن والمثمن، فالقول لمن يدّعي عدمه منهما بيمينه حتى يثبت الانتقال، إما بالبينة أو بعادة مستقرة تشهد بخلاف الأصل، فإن كان ثَمَّ

عرف بقبض الثمن أو المثمن قبل المفارقة، فالقول لمن وافقه العرف بيمينه لأنه كالشاهد، وذلك كالجزار وبائع الأبزار ونحوهما مما يشترى من أصحاب الحوانيت، فقد جرت العادة في الجزار أنه لا يقطع اللحم، وفي بائع الأبزار أنه لا يعطيه إلا بعد قبض الثمن، فإن قبض المشتري ذلك وغاب به وادعى البائع أنه لم يقبض الثمن، فالقول للمشتري بأنه أقبضه إياه بشهادة العوائد ما لم توجد بينة.

والعرف يختلف باختلاف الناس، ومن العرف الذي يعمل بمقتضاه طول الزمن، فإذا مضى زمن يقضي العرف بأن المشتري لا يصبر لمثله في أخذ السلعة، وأن البائع لا يصبر لمثله في أخذ الثمن، فالقول لخصمه في الإقباض. وطول الزمن لا يحد بعامين ولا بأكثر، بل يراعى فيه أحوال الناس وأحوال الزمن في ذلك.

وإشهاد المشتري ببقاء الثمن في ذمته بأن قال: اشهدوا أن ثمن السلعة التي اشتريتها من فلان في ذمتي، هذا الإشهاد مُقْتَضٍ عرفا لقبض السلعة، لأن الغالب أن أحدا لا يشهد على نفسه إلا وقد قبض المبيع، وعلى هذا فإذا ادعى المشتري بعد ذلك أنه لم يقبض المبيع لم يصدق، وكان القول قول البائع، وللمشتري تحليف البائع إن قرب الزمن كعشرة أيام، فإن لم يقرب الزمن من يوم الإشهاد فليس له تحليفه، بل القول للبائع أنه أقبضه السلعة بلا يمين.

وكذا فإن البائع إذا أشهد على نفسه بقبض الثمن من المشتري ثم قام يطلبه منه، وقال: إنما شهدت له به ثقة مني، وظني أنه لن ينكر، ولم يوفّني جميعه، وطلب اليمين على ذلك، وقال المشتري: وفيتك ولا أحلف، فإن قام البائع على المشتري بالقرب فله تحليف المشتري، وإلا فلا، لأن البينة رجحت قوله.

ومثل إشهاد البائع بقبض الثمن ما إذا أشهد المشتري بقبض المثمن ثم ادّعى أنه لم يقبضه فلا يقبل قوله، وله تحليف البائع إن بادر، وإلا فلا.

هذا، وقيل إن كان التنازع بعد طول مدة صدق البائع بيمينه في دفع السلعة، وإن كان بالقرب صدق المشتري بيمينه.

تاسعًا: الاختلاف في الخيار والبت:

فالقول لمدعي البت لأنه الغالب عند الناس، وهذا ما لم يجر عرف بخلافه، كأن جرى العرف بالخيار فقط، وإلا كان القول قول مدّعي الخيار، وأما إن اتفقا على وقوع

البيع على الخيار لكن ادعاه كل منهما لنفسه، فقيل: يتفاسخان، وقيل: يتحالفان ويكون البيع بتا، وهذا ما لم يجر العرف بأن الخيار لأحدهما وإلا عمل به، فيكون القول قول من يشهد له العرف.

عاشرا: الاختلاف في المكان:

فإذا اختلفا في موضع قبض المسلم فيه صدق مدعي موضع العقد بيمينه، لأنهما لو سكتا عن ذكر موضع القبض لَحُكِمَ بموضع العقد، فيصدق مدعيه، سواء أكان المسلمَ أو المُسلمَ إليه.

وإن لم يدع واحد منهما موضع العقد بل ادعيا معا غيره، فالبائع وهو المسلم إليه هو المصدق إن أشبه، لأنه غارم، فقد ترجح جانبه بالغرم، سواء في ذلك أشبه المشتري كما أشبه البائع أم لا، فإن أشبه المشتري وحده صدق، وإن لم يشبه واحد منهما تحالفا، وبدأ البائع وهو المسلم إليه باليمين كما تقدم وفسخ العقد، وهذا كله مع فوات رأس المال.

فإن تنازعا قبل فواته تحالفا وتفاسخا، سواء ادعى أحدهما موضع عقد أو ادعيا غيره، وسواء أشبه أحدهما أو لا، ويحتاج الفسخ لحكم الحاكم فلا يحصل بمجرد تحالفهما ما لم يتراضيا عليه، لأن المواضع كالآجال في أن لها حصة من الثمن، وقد تقدم أن المتبايعين إذا تنازعا في قدر الأجل حلفا، واحتاج الفسخ فيه لحكم.

وإذا مات المتبايعان فورثتهما في منزلتهما في جميع ما ذكرناه، لأنهم يقومون مقامهما في أخذ مالهما وإرث حقوقهما، فكذلك ما يلزمهما أو يصير لهما، ولأنها يمين في المال، فقام الوارث فيها مقام المورث كاليمين في الدعوى.

الفصل الثامن

السلم وأحكامه[1]

عقد السلم سمي سلما لتسليم الثمن دون عوضه، أي لتقديم الثمن على العوض في الحال، فلا ينافي أن له عوضا مؤجلاً، ولنفس المعنى سمي سلفًا أيضًا، وكل ما تقدم يسمى سلفًا، ومنه قولنا: الصحابة سلف صالح لتقدمهم، يقال سلم وأسلم وسلف وأسلف.

وهو في الاصطلاح الشرعي: «بيع موصوف غير منفعة مؤجل في الذمة بغير جنسه»، فشمل كل ما يوصف من طعام أو عروض أو حيوان أو غير ذلك.

فخرج بقوله «موصوف» بيع المعين، فليس بسلم، كما خرج به بيع الأجل، لأنه اشتراء معين بثمن مؤجل، فهو ما عجل فيه المثمن وأجل فيه الثمن عكس ما هنا.

وبقوله «غير منفعة» الكراء المضمون، وهو ما كان في منافع مضمونة في الذمة لم يشرع فيها.

وبقوله «مؤجل» خرج بيع الموصوف غير المؤجل فلا يصح، لأنه من بيع ما ليس عند الإنسان، وهو منهي عنه، بخلاف ما إذا ضرب الأجل، فإن الغالب تحصيل المسلم فيه في ذلك الأجل، فلم يكن من بيع ما ليس عند الإنسان المنهي عنه، إذ كأنه إنما باع ما هو عنده حين الأجل.

وقوله «في الذمة»، الذمة وصف مقدر في الشخص بسببه يكون قابلا للالتزام بالحقوق، أو إلزام الغير له شرعًا، والمراد هنا ذمة المسلم إليه، أي البائع، وخرج بهذا القيد بيع الموصوف لا في الذمة، كبيع ما في العدل معتمدًا فيه على الصفة المكتوبة في الدفتر، أو معتمدًا على الكتابة التي توجد فوق العدل، وكبيع الغائب عن مجلس العقد على الصفة، فكل ذلك ليس بسلم، لأن البيع فيه وإن كان على الصفة لكونه غير مرئي

---

(1) من مراجع هذا المبحث:
الذخيرة للقرافي جـ 5، ص 225 - 263، والفروق للقرافي أيضًا، وتهذيب الفروق المطبوع معه (الفرق المائتان) جـ 3، ص 290 - 298، والشرح الكبير للدردير، جـ 3 ص 222 - 295، وبداية المجتهد جـ 2 ص 151 - 156، والمغني، والشرح الكبير معه جـ 3، ص 314 - 350.

إلا أن العقد فيه لم يقع على جنس، بل على معين مشخص، فالمبيع فيه معين، والمعين لا يكون في الذمة، ولهذا لو فات ذلك المعين بأن هلك قبل القبض انفسخ العقد لكونه لا بدل له، بخلاف السلم، فإن العقد فيه إنما وقع على فرد غير معين من جنس المسلم فيه، فلم يتعلق العقد بفرد معين، بل تضبطه الصفات، وهذا معنى كونه في الذمة، ولذا صح الوفاء بأي فرد كان من ذلك الجنس إذا وافق الصفات المشروطة في العقد.

وقوله «بغير جنسه» خرج به ما إذا دفع شيئًا في جنسه، فليس بسلم شرعًا، فقد يكون سلفًا بزيادة فلا يصح، كتسليم ثوب في ثوبين من جنسه، أو ثوب رديء في جيد من جنسه، فيمنع لتهمة السلف بزيادة، وقد يكون قرضًا كثوب بثوب فيصح.

أولا: حكمه ودليله:

حكم السلم الجواز: وأصله الكتاب والسُّنّة والإجماع والقياس.

أما الكتاب، فعموم قوله تعالى ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾[1]، والسلم نوع من البيع فتشمله الآية، وخصوص قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُم بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾[2]، والدّيْنُ في الآية يشمل السلم، فالأمر بكتابته فرع مشروعيته، بل قال ابن عباس رضي الله عنهما: إنه السلم.

وأما السنّة، ففي الصحيحين عن ابن عباس رضي اللّه عنهما قال: قدم رسول الله ﷺ المدينة والناس يسلفون في الثمر العام والعامين، فقال: «مَنْ أَسْلَفَ فِي تَمَرٍ فَلْيَسْلِفْ فِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ وَوَزْنٍ مَعْلُومٍ إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ»، ونهى عليه الصلاة والسلام عن بيع ما ليس عندك، وأرخص في السلم، رواه مالك.

وأما الإجماع، فقد أجمعت الأمة على مشروعيته في الجملة.

وأما القياس، فلأن الثمن يجوز تأخيره في الذمة باتفاق، فيجوز تأخير المثمن قياسًا عليه، واتفق الناس على جواز البيع الذي يتأخر فيه الثمن.

(1) سورة البقرة، الآية 275.

(2) سورة البقرة، الآية 282.

ثانيا: أركــانه:

السلم نوع من البيع ينعقد بما ينعقد به البيع، ويشترط له ما يشترط للبيع، فأركان البيع أركان له، وشروطه شروط له، إلا أنه يشترط لجوازه شروط زائدة على شروط البيع جعلته أخص من مطلق البيع، وإنما زيدت فيه تلك الشروط لكونه رخصة مستثناة من قاعدتين كل منهما تقتضي منعه، إحداهما قاعدة بيع الإنسان ما ليس عنده، وذلك منهي عنه، والأخرى قاعدة ابتداء الدين بالدين، وهذا أيضًا منهي عنه، والسلم من ابتداء الدين بالدين على رأي من يجيز تأخير رأس المال فيه، فشدد فيه الشرع بزيادة تلك الشروط للتقليل من المفسدة التي لأجلها كان الأصل فيه المنع، وإنما أرخص الشارع فيه للتيسير على الناس ورفع الحرج عنهم في معاملة تدعو الحاجة إليها كثيرا لكونها تمام معاشهم، ومنعها مشقة عليهم، فأهملت أسباب المنع، ومن عادة الشارع أن مصلحة الفعل إذا ترجحت في العمل على ما فيه من المفسدة أجازه.

فأرباب الزروع والثمار يحتاجون إلى مال ينفقونه على زروعهم وثمارهم قبل طيبها، وأرباب الصناعات وغيرهم قد تعوزهم النفقة لتحريك صناعاتهم وتنشيط مشروعاتهم، فأبيح لهم بيع تلك المنتوجات قبل إبّانها للحصول على المال اللازم للإنتاج، وأرباب الأموال أيضًا يحتاجون لتنمية أموالهم بشراء ما يتأخر، لأن ثمن المتأخر أرخص غالبًا، فأبيح لهم الشراء، فأجاز لهم الشارع عقد السلم ليرتفق البائعون بسد حاجاتهم العاجلة، ويرتفق أرباب رؤوس الأموال بالاسترخاص.

تنبيه:

دافع الثمن: في البيع يسمى مشتريا، وفي السلم يسمى مُسلمًا، لأنه أسلم رأس المال، أي عجله قبل العوض.

ودافع السلعة: في البيع يسمى بائعا، وفي السلم يسمى مسلما إليه، لأن الثمن أسلم إليه معجلاً.

وما يسمى في البيع ثمنا، يسمى في السلم مسلمًا به، لأن به، يثبت المسلم فيه.

وما يسمى في البيع مبيعًا، يسمى في السلم مسلمًا فيه، وهو الذي يدفعه المسلم إليه عند حلول الأجل.

وهذا كله مجرد اصطلاح.

ثالثا: شروطه:

يشترط لصحة السلم زيادة على شروط البيع السابقة شروط:

الشرط الأول: حلول جميع رأس المال:

حذرا من الدين بالدين فلا يجوز الدخول على التأجيل أكثر من ثلاثة أيام.

ويجوز تأخيره ولو بالشرط ثلاثة أيام، سواء كان رأس المال عينا أو عرضًا أو مثليا لخفة الأمر، لأن ما قارب الشيء يعطى حكمه، فما كان في الثلاثة في حكم المعجل فأشبه ما لو تأخر إلى آخر مجلس العقد، ألا ترى أن الثلاثة مستثناة من المحرم في الهجرة والمهاجرة بالإقامة بمكة ثلاثة أيام، ومنع الإحداد لغير ذات الزوج.

وقيل: يفسد السلم إذا افترقا قبل القبض كالصرف، وفاقا للشافعي وأبي حنيفة، ومنشأ الخلاف: هل يسمى هذا القدر من التأخير دينا أم لا؟

وقيل: يفسد إذا كان التأخير ثلاثة أيام بشرط، لظهور قصد الدين بالدين مع اشتراط التأخير، بخلاف تأخيره بلا شرط، فلا يفسد به لعدم ظهور قصد الدين بالدين.

ثم محل اغتفار تأخير رأس المال إذا لم يكن أجل السلم قصيرًا كيومين، فيما إذا شرط قبض المسلم فيه ببلد غير بلد العقد، فيكفي في الأجل مسافة يومين، وعندئذ فلا يجوز تأخير رأس المال هذه المدة - أي ثلاثة أيام - لأنه عين الكالئ بالكالئ، أي ابتداء الدين بالدين، فيكون في غير محل الرخصة، فيجب أن يقبض بالمجلس أو بالقرب منه.

وأما تأخير رأس المال عن ثلاثة أيام، فإن كان عينا وكان التأخير بشرط فسد العقد، قولا واحدًا، وإن كان التأخير عنها بلا شرط، فقولان لمالك رضي الله عنه، بفساد السلم، وعدم فساده، سواء كثر التأخير جدا أو لا، والمشهور الفساد مطلقًا، لأن النقود لا تكون إلا في الذمة، ولا تتعين ولو عينت، فالعقد بها إنما يرد على الذمة دون ما عين، فإذا تأخرت وهي رأس مال السلم كانت دينا في الذمة، فيكون ابتداء دين بدين، هذا إذا كان رأس المال عينًا.

فإن كان غير عين، وكان حيوانا معينًا جعل رأس مال في السلم، جاز تأخيره ولو إلى أجل المسلم فيه، إذاكان التأخير بلا شرط، لأنه يعرف بعينه، والمعين لا يكون في الذمة، وإن كان بشرط يمنع تأخيره أكثر من ثلاثة أيام، لأنه في هذه الحالة بيع معين يتأخر قبضه، وهو ممنوع إذا كان بشرط.

وإن كان رأس المال طعامًا أو عرضًا منع تأخيره عن الثلاثة أيامْ إذا كان بشرط مطلقا، وإن كان بلا شرط جاز تأخيره إذا كيل الطعام وأحضر العرض مجلس العقد، ولكن لم يأخذهما المسلم إليه بل تركهما عند المسلم، فيجوز تأخيرهما بلا شرط لانتقال كل منهما - بالكيل والإحضار - من الذمة إلى الأمانة، فكأن المسلم إليه، قبض الثمن وتركه أمانة عند المسلم، فلم يضر التأخير، فلذا لو هلك يكون في ضمان المسلم إليه.

وإن لم يكل الطعام ولم يحضر العرض مجلس العقد، كره التأخير لعدم دخوله في ضمان المسلم إليه، وقيل بكراهة تأخير الطعام والعرض عن الثلاثة بلا شرط، ولوكيل الطعام وأحضر العرض مجلس العقد، لأنهما لما كانا يغاب عليهما أشبها العين في كونها في الذمة، فيؤدي إلى شبهة ابتداء الدين بالدين، بخلاف ما لا يغاب عليه - ما لا يمكن إخفاؤه - كالحيوان، فإن تأخيره لا يؤدي لذلك، لأنه يعرف بعينه، فلا يقال له دين.

ومهما قلنا: إن تأخير رأس المال ممنوع، فإنه يستوي في فساد العقد تأخير الكل أو البعض، فإذا أخر قبض شيء من رأس المال بطل في الجميع.

هل يجوز أن يكون رأس المال منفعة؟ وجاز أن يكون رأس مال السلم منفعة شيء معين كسكنى دار، كأن يقول: أسلمك سكنى داري هذه، أو ركوب سيارتي هذه، شهرًا، في قنطار قمح آخذه منك في شهر كذا، بشرط أن يشرع في قبض المنفعة حقيقة أو حكما، ويكون قبضها بقبض أصلها محل المنفعة عقارا أو عرضًا، كسفينة أو سيارة، والشروع في استيفائها، فلا بد من قبض أصلها حين العقد أو قبل مجاوزة ثلاثة أيام، والشروع في قبضها منه، ولا يضر تأخر استيفاء المنفعة ولو إلى ما بعد قبض المسلم فيه، كأن يقول: أسلمك سكنى هذه الدار سنة في قنطار قمح آخذه منك بعد مضي شهر، فقد تأخر استيفاء المنفعة التي هي رأس المال عن قبض المسلم فيه الذي هو قنطار قمح بعد شهر، فيصح ما دام قد قبض محل المنفعة وشرع في الاستيفاء حين العقد، وهذا بناء على أن قبض الأوائل قبض للأواخر، بل الشروع في قبضها كاف في السلم، ولو قلنا إن قبض أوائل المنافع ليس قبضا للأواخر، لأن غاية ما يلزم عليه ابتداء الدَّيْن بالدَّيْن، وقد استخفوه في السلم لأنه أخف من فسخ الدَّيْن بالدَّيْنِ، ولهذا منع أخذ منفعة الشيء المعين عن الدَّيْن، لأنه فسخ دَيْنٍ بِدَيْنٍ.

واحترز بالقول بمنفعة شيء معين عن منفعة مضمونة، فلا يجوز السلم بها، كأن يقول: أحملك إلى مكة بعشرة قناطر من قمح في ذمتك تدفعه لي وقت كذا، فلا يصح، وقيل: يجوز السلم بالمنافع المضمونة إذا شرع المسلم إليه في استيفائها.

هل يجوز أن يكون رأس مال السلم جزافًا؟ يجوز أن يكون رأس المال جزافًا عند مالك وأكثر أصحابه، لأنه يجوز بيعه فجاز أن يكون ثمنًا قياسًا على المقدر.

وقال أبو حنيفة والشافعي: لا يجوز أن يكون رأس المال جزافًا في السلم، وهو قول عبد الوهاب من المالكية، ودليلهم:

أولا: قياس السلم على القرض ورأس مال القراض، فلا يجوز فيهما الجزاف، فكذلك السلم.

وجوابه: إنه قياس مع الفارق فلا يصح، لأن القرض والقراض يرد فيهما المثل، ورد مثل الجزاف متعذر، لأنه مجهول القدر، وأما السلم فلا يرد فيه المثل، بل غيره وهو المسلم فيه، وقد ضبط بالصفة.

ثانيا: إنه يتوقع عدم حصول المسلم فيه، فيفسخ العقد، ويرجع رأس المال، فإذاكان المدفوع جزافًا تعذر معرفة ما يرجع، لأنه مجهول القدر.

وجوابه: إن الغالب الوفاء بالمسلم فيه، واحتمال الفسخ نادر، فلا يلتفت إليه.

هل يجوز السلم بخيار؟ وجاز السلم بخيار لهما أو لأحدها أو لأجنبي عند العقد ثلاثة أيام فقط في الأنواع كلها، ولوكان رأس المال دارًا، على المعتمد.

ولكن محل جواز الخيار في الثلاثة أيام إن لم ينقد رأس المال ولو تطوعا، وإلا فسد للتردد بين السلفية والثمنية، وهذا إن كان ما نقد مما يكون في الذمة، بأن كان لا يعرف بعينه، وأما إن كان المنقود معينًا كثوب وحيوان معين، فيجوز نقده تطوعًا في السلم الواقع بالخيار، لعدم التردد المذكور.

وأما اشتراط نقد رأس المال في السلم الواقع على الخيار فمفسد له مطلقا سواء نقد بالفعل أم لا، وسواء أكان المنقود مما يعرف بعينه أم لا، أسقط الشرط أم لا، فلا يصح لما فيه من الدخول على غرر، لأنه على تقدير تمام البيع كان ثمنا، وعلى تقدير عدم تمامه كان المسلم إليه قد انتفع به باطلاً.

الحكم إذا وجد في رأس المال زائف: وإذا وجد زائف في رأس المال ولو بعد طول جاز رده، وعجل بدله وجوبا، حقيقة أو حكمًا، فيغتفر تأخير الثلاثة ولو بالشرط، وهذا

إن طالب بالبدل قبل حلول الأجل بكثير، فإن طالب به بعده أو قبله بنحو يومين جاز تأخير ردّ البدل ولو بشرط.

وإن لم يعجل بدل الزائف حقيقة ولا حكمًا، بأن أخر أكثر من ثلاثة أيام ولو بلا شرط، فسد ما يقابله فقط، فينتقض السلم بقدر الزائف، لأنه محل الفساد، وصح في الباقي لصحة العقد أولا، ولكن فساد ما يقابل الزائف، فقط مقيد بقيود:

أحدها: أن يكون رأس المال الزائف عينا، بأن وجد مغشوشًا، فلو كان الزائف غير عين كحيوان أو ثوب أو طعام، فإن وقع عقد السلم على عينه ثم ظهر فيه عيب فسد العقد في الجميع، فلا يلزم المسلم الإتيان ببدله، لأن المعين لا بدل له.

وإن لم يقع العقد على عينه بل كان موصوفًا فدفعه في السلم فظهر به عيب، كلًّا أو بعضًا، فلا يفسد العقد، بل يلزم المسلم أن يأتي ببدل ذلك المعيب.

وثانيها: أن لا يدخلا عند العقد على اشتراط تأخير بدل ما يظهر زائفًا تأخيرا كثيرًا، فإن دخلا على التأخير كثيرًا، إن ظهر زائف فسد في الجميع، فينتقض السلم كله لا ما يقابل الزائف وحده.

وثالثها: أن يطالب المسلم إليه ببدل الزائف، فإن لم يطالب بل رضي به أو سامح من عوضه، لم يفسد ما يقابل الزائف.

ورابعها: أن يبقى من الأجل عند المطالبة بالبدل ثلاثة أيام فأكثر، فإن طالب به بعد الأجل أو قبله بيومين فلا يفسد ما يقابل الزائف، بل يجب إبداله.

هذا الذي تقدم هو ما يتعلق بالشرط الأول، وهو حلول جميع رأس المال، وقد تقدم أن اشتراطه حذرا من الدَّيْنِ بالدَّيْنِ، وهو منهي عنه، فقد روى الدارقطني عن ابن عمر رضي اللّه عنهما، قال: إن النبي ﷺ نهى عن بَيْعِ الكَالِئِ بِالكَالِئِ، وهو الدَّيْنُ بالدَّيْنِ، من الكلاءة، وهي الحراسة، فيكون إما وصفا للبائع والمشتري على حذف مضاف، أي نهى عن بيع مال الكالئ بمال الكالئ، سميا بذلك لأن كلا منهما يحرس صاحبه ويحفظه ويراقبه لأجل ماله عنده، وإما أن يكون وصفًا للدينين، لأن كلا منهما يحفظ صاحبه عند الفلس ويحرسه من الضياع.

والكالئ بالكالئ لا يجوز، وهو ثلاثة أقسام: فسخ الدين في الدين، وبيع الدين بالدين، وابتداء الدين بالدين، ومن أمثلته في السلم: ما إذا كان لرجل دينار في ذمة رجل آخر دَيْنًا فجعل ذلك الدينار الذي على ذمة ذلك الرجل سلما في الطعام يأخذه

بعد أجل، فلا يصح، لأن المسلم فيه دَيْنٌ فإذا جعل الثمن دَيْنًا كان بيع دَيْنٍ بِدَيْنٍ، وذلك لا يصح بالإجماع.

وسر النهي عن بيع الكالئ يرجع إلىأن مطلوب صاحب الشرع صلاح ذات البين وحسم مادة الفساد والفتن، حتى بالغ في ذلك بقوله ﷺ: «لاَ تَدْخُلُوا الجَنَّةَ حَتَّى تَحَابُّوا»، وإذا اشتملت المعاملة على شغل الذمتين توجهت المطالبة من الجهتين، فكان ذلك سببا لكثرة الخصومات والعداوات، فمنع الشرع ما يفضي إلى ذلك، وهو الدَّيْن بالدَّيْنِ، وفيه أيضا زيادة عذر لوقوعه في الثمن والمثمن معا.

ولما كان الدين في السلم في المسلم فيه فقط، أجازه الشارع متى تحققت شروطه الباقية، لأنه من المصالح التي تحقق للإنسان تمام المعاش، كالمساقاة والشركات والقراض، لأنها كلها شرعت لكونها تحقق مصالح الناس، وإن كان لا يتوقف حفظ إحدى الضروريات عليها، كما هو شأن مشروعية البيع والشراء، فإن البيع شرع لحفظ الضروريات، والسلم وما شابهه دون البيع والشراء في الحاجة، ولكننا وإن سلمنا ذلك فإن مشروعيته مطابقة لمقتضى الشريعة، ومتفقة مع قواعدها، وليس فيها مخالفة للقياس كما قيل، لأنه كما يجوز تأجيل الثمن في البيع يجوز تأجيل المسلم فيه وهو المبيع في السلم من غير تفرقة بينهما، فقد اتفق الناس على جواز البيع الذي يتأخر فيه الثمن، وهو بيع الأجل، وهذا مثله بجامع أن كلا منهما عوض مؤجل، لقول الله تعالى: ﴿**يَا أَيُّهَا الذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُم بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتُبُوهُ**﴾[1]، والدين هو المؤجل من الأموال المضمونة في الذمة. ومتى كان المبيع معلومًا وموصوفًا وكان المشتري على ثقة من توفية البائع المبيع عند حلول الأجل كان المهيع دَيْنًا من الديون التي يجوز تأجيلها والتي تشملها الآية.

الشرط الثاني: السلامة من السلف بزيادة

للقاعدة القائلة «كل قرض جرَّ نفعًا فهو رِبًا»، وهي قاعدة صحيحة شرعا، وإن كان لم يثبت فيها حديث مرفوع يعتمد عليه، وإنما صحة القاعدة ترجع إلى أن عقد

---

(1) سورة البقرة، الآية 288.

القرض يقصد به الرفق بالناس، ومعاونتهم على شؤون العيش وتيسير وسائل الحياة، وليس هو وسيلة من وسائل الكسب ولا أسلوبًا من أساليب الاستغلال.

وعلى هذا فلا يصح أن يكون رأس مال السلم شيئًا في أكثر منه من جنسه، كتسليم ثوب في ثوبين من جنسه، ودفع قنطار كتان في قنطارين منه، وكأردب جبس في أردبين منه، أو تسليم شاة في شاتين متقاربتي المنفعة، ولا تسليم شيء في أجود منه من جنسه كثوب رديء في جيد، وقنطار صوف رديء في أجود، كتسليم أسود في أبيض لأن الأبيض أجود، لما في ذلك كله من سلف بزيادة.

ولبيان حكمة منع السلم إذا كان فيه سلف بزيادة نقول: إن الله تعالى شرع السلف قربة للمعروف والإحسان، ولذلك استثناه من الربا المحرم، فأجاز دفع أحد النقدين فيه ليأخذ مثله نسيئة، وكذا دفع طعام كقمح ليأخذ مثله بعد أجل، وهذا محرم في غير القرض، ولما ترجحت مصلحة الإحسان والمعروف بالقرض على مصلحة تحريم الربا، قدم الشرع مصلحة الإحسان على مصلحة تحريم الربا جريا على عادته في تقديم أعظم المصلحتين على أدناهما عند التعارض.

فإذا وقع القرض ليجر نفعا للمقرض بطلت مصلحة الإحسان والمعروف التي من أجلها شرع القرض فيمتنع، لأنه فعل لغير معروف، فإذا آل أمر الثمن في السلم إلى سلف بزيادة مع أنه لم يقصد به المعروف أوّلًا امتنع، لفقدان المعنى الذي لأجله استثناه الشرع من المحرمات، فصار الغرض المكايسة لا المعروف، أو نقول: إنه إذا آل أمر الثمن في السلم إلى السلف بزيادة فقد خالف المتعاقدان مقصود الشارع، لأن هذا قرض بزيادة، ولايخرجه عن ذلك كونه بصورة بيع سلم لا قرض، لأن العبرة في المعاملات بمعانيها لا بألفاظها ومبانيها.

وخلاصة القول: إن الثمن في السلم إذا آل إلى سلف بزيادة اعتبر باطلا لما ذكرناه، ولأن المتعاقدين في هذه الحالة أوقعا ما لله لغير الله، وما شأنه أن يكون لله إذا وقع لغير الله كان ممنوعًا.

إذا تقرر مبدأ اشتراط السلامة من السلف بزيادة في السلم للقاعدة السالفة، فنقول: أصل مالك رضي الله عنه حمل الناس على التهمة، ومراعاة ما يرجع إليهم، وما يخرج منهم، ولبيان ما تضمنه هذا الأصل نقول:

إنَّ بين رأس المال والمسلم فيه في السلم من حيث الاختلاف والاتفاق أربعة أوجه:

الوجه الأول: أن يختلف الثمن والمثمن جنسا ومنفعة، وهذا لا إشكال في جواز السلم فيه، كتسليم العين (النقود) في الطعام، والطعام في الحيوان أو العروض فيجوز، لأن السلف لا يتحقق في المختلفين، فتتعذر التهمة.

الوجه الثاني: أن يتفق رأس المال والمسلم فيه جنسًا ومنفعة، فهذا يمتنع إذا كان في أكثر أو أجود منه، كثوب في ثوبين من جنسه، أو ثوب رديء في جيد من نفس الجنس، كما تقدم، لظهور تهمة السلف بزيادة، واستعمال لفظ السلم فيه لا ينفعه مع التهمة.

وإن كان في مثله كثوب في ثوب، أو قنطار من كتان أبيض في مثله، أو شاة في شاة متقاربتي المنفعة، أو ثوب جيد في جيد مثله، أو رديء كذلك، فهذا قرض، لأنه شيء في مثله، وهو قرض، ولا يضر كونه بلفظ السلم أو البيع، لأن العبرة بالمعاني، وهذا في غير الطعام والنقد، كالعروض والحيوان.

أما إذا دفع نقدا أو طعامًا لأخذ مثله بعد الأجل فلا يكون قرضًا، إلا إذا وقع العقد بلفظ السلف أو القرض، فإذا تم بلفظ البيع أو السلم كان ظاهرًا في قصد المكايسة فيكون بيع طعام بطعام أو نقدا بنقد إلى أجل، وهو ممنوع ولو كان مثلا بمثل.

وحيث اعتبر تسليم الشيء في مثله قرضًا لا سلمًا، فإنه يجري فيه شرط القرض، وهو أن لا يجر منفعة للمقرض، فإذا تمحضت المنفعة للقابض فقط جاز اتفاقا، وإن كانت للدافع فقط امتنع اتفاقا، وإن دارت بين الاحتمالين فكذلك امتنع، لعدم تعين مقصود الشارع، وذلك كما لو كان عنده عروض يخاف عليها التلف أو التغير إذا بقيت عنده فيعطيها لشخص رأس مال في سلم ليأخذ مثلها سالمًا فلا يصح، لأنه سلف جر منفعة، ما لم يكن هناك ضرورة كعموم الخوف على المال، فروايتان عن مالك رضي الله عنه، بالجواز والمنع، وذلك كرجل تجتمع له أموال ببلد فيسلفها لك، وتكتب له إلى وكيلك ببلد آخر لك فيه مال أن يعطيه هناك خوف خطر الطريق، وهذا قرض فيه منفعة للمقرض، وقد أجازه بعض العلماء للضرورة.

الوجه الثالث: اختلاف المنفعة مع اتحاد الجنس، وهذا يجوز أن يسلم البعض منه في أكثر أو أجود منه من جنسه ما دامت منافعه قد تباينت، فيكون بذلك كالجنسين.

وذلك كتسليم الحمار الفاره، أي سريع السير ليأخذ المتعدد من ضعيف السير، وكتسليم جمل كثير الحمل في المتعدد من الضعاف، والواحد من سابق الخيل في أكثر منه غير سابق وعكسه، وكاختلاف البقرة بالقوة على العمل من حرث ودرس، فيجوز ثور قوي على العمل في اثنين ضعيفين لا قوة لهما مثله، والمدار على قوة اختلاف المنافع، فمتى تباينت المنافع لم يشترط التعدد، كما إذا كان أحد الثورين يراد للحرث والآخر يراد للنزو أو الذبح، فيجوز سلم أحدهما في الآخر لتباعد المنفعة.

وأما إذا اتحدت المنافع، كما إذا كان كل منهما يراد للحرث، ولكن حصل اختلاف في القوة، فلا بد من الاختلاف بالتعدد.

وكاختلاف الشاة بكثرة اللبن وقلته، فيجوز سلم شاة كثيرة اللبن في اثنتين ليس فيهما كثرة لبن، والمقصود من الشاة اللبن فمنفعتهما متحدة ولكن اختلفتا قي قوة المنفعة، فجاز المتعدد بالواحد.

وكتسليم سيف قاطع بجودة جوهريته، فيجوز سلمه في أكثر دونه في القطع والجودة.

وكطير عُلِّم صنعة شرعية، كالصيد وتوصيل الرسائل، فيسلم في غيره مفردًا أو متعددًا لقوّة اختلاف المنافع بين المتعلم وغيره من الطيور.

وكتسليم غليظ ثياب الكتان في رقيقها إذا عظم التفاوت واختلفت المنافع.

وكتسليم رقيق غزل ليأخذ غليظه، وعكسه، فيجوز لتباين المنفعة وإن اتحد الجنس.

الوجه الرابع: أن تتحد المنفعة ويختلف الجنس، كالبغل والبرذن من الخيل، ففيه قولان بالجواز والمنع.

فمن منع تسليم بعضها في بعض، نظر إلى أن المقصود من الأعيان منافعها، فمتى اتحدت المنافع صارت كتسليم الشيء في مثله، ومن أجاز بعضها في بعض، نظر إلى اختلاف جنسها.

فيجوز أن يسلم الجنسان أحدهما في الآخر ولو تقاربت المنفعة بينهما، كرقيق ثياب القطن في رقيق ثياب الكتان، وعكسه، وأولى بالجواز غليظهما أو غليظ أحدهما في رقيق الآخر، لاختلافهما في هذه الحالة اختلافا قويا زيادة على اختلاف جنسيهما.

واعلم أن الحيوان غير المأكول كالبغال يختلف بالصغير والكبير اتفاقا، فيجوز سلم الصغير في الكبير، وعكسه، وأما المأكول من الحيوان فإن كان له قوة على الحمل

والعمل كالإبل والبقر فيختلف في المنافع، فيجوز سلم بعضه في بعض لتباين المنافع، وإن لم يكن له قوة على الحمل والعمل كالطير المتخذ للأكل، فاتفقوا على اتحادها، فلا يسلم بعضها في بعض، لأن المقصود منها اللحم، فهي كالجنس الواحد لتقارب المقاصد، وما لا يعمل ولا يحمل لكن منفعته النسل واللبن كالغنم، فقولان في تباينها، فيجوز سلم بعضها في بعض، أو اتحادها في المنافع فلا يجوز سلم بعضها في بعض.

الشرط الثالث: السلامة من الضمان بجعل:

فلا يجوز أن يسلم شيئًا في أقل منه أو أدنى من جنسه، كأن يسلم جذعا في نصف جذع من جنسه، لأنه ضمان نصف بنصف، وكذلك في جميع الأشياء، كثوب في ثوب دونه، ورأس في رأس دونه من جنسه، وقنطار كتانا أبيض في قنطار منه أسود، لأن الأبيض أجود فهو سلم شيء في أدنى منه من جنسه، فلا يجوز لما فيه من تهمة الضمان بجعل، وكثوبين في ثوب من جنسه، فلا يجوز، لأن المسلم إليه ضمن للمسلم ثوبا منهما إلى الأجل، وأخذ الثوب الآخر في نظير الضمان، وأخذ العوض على الضمان لا يجوز. .

قال القرافي: وسر المنع من الضمان بجعل يتوقف على بيان قاعدة، وهي أن المنافع والأعيان ثلاثة أقسام:

قسم اتفق الناس على قبوله للمعاوضة: وذلك كالحبوب والأنعام والدار وسكناها.

وقسم اتفق الناس على عدم قبوله للمعاوضة: كالدم والخنزير ونحوهما من الأعيان، والقُبَل والتعانق والنظر إلى المحاسن ونحوها من المنافع، ولذلك لا يوجب فيها شيء عند الجناية عليها، لأنها غير متقومة شرعا، ولو كانت لها قيمة شرعية لوجب فيها شيء عند الجناية عليها كسائر المنافع الشرعية.

وقسم اختلف فيه، هل يقبل المعاوضة أو لا؟ كالأزبال وأرواث الحيوان من الأعيان، وكالأذان والإمامة بن المنافع، فمن العلماء من أجاز المعاوضة فيه، ومنهم من منعه، لأن الأذان والإمامة قربة يعود نفعها علي آخذ الأجرة، والعوض والمعوض لا يجتمعان لشخص.

ويجاب عن هذا أن الأجرة قبالة التزام الأمكنة المعينة في الأذان والإمامة، أو قبالة تعيين ما لم يتعين على آخذ الأجرة، وليست قبالة أصل القربة، فهذه الأشياء وإن كانت قربا لكن لا يتعين على المسلم فعلها، فالأجرة للتعيين.

إذا تقررت هذه القاعدة السابقة نقول: إن الضمان في الذمم من قبيل ما منع الشرع المعاوضة فيه، لأنه وإن كان منفعة مقصودة للعقلاء، كالقبل والنظر إلى المحاسن وأنواع الاستمتاع، فلا تصح المعاوضة عليه، لأن المعاوضة حكم شرعي يتوقف على دليل شرعي، ولم يدل دليل عليه، فوجب نفيه شرعا، أو يستدل على نفي المعاوضة عليه بالقياس على القبلة والنظر إلى المحاسن وأنواع الاستمتاع مما هو مقصود للعقلاء، ولا تصح المعاوضة عليه، فكذلك الضمان في الذمم بجامع عدم دليل المعاوضة في كل.

الشرط الرابع: السلامة من الربا:

فلا يجوز أن يكون رأس المال والمسلم فيه طعامين، ربويين كانا أم لا، ولا نقدين أحدهما في الآخر، سواء تساويا أو زاد أحدهما على الآخر، فلا يجوز أن تقول لآخر: أسلمك قنطار قمح في قنطار قمح أو فول، ولا أن تقول: أسلمك دينارا في دينار، ولا دينارا في قدر من فضة، إلا إن اتحد القدر والصنف في الثمن والمثمن، وكان بلفظ القرض أو السلف، فيجوز، لأنه قرض لا سلم.

فإن وقع العقد بلفظ البيع أو السلف فلا يصح، وذلك لأن الله تعالى شرع السلف للمعروف والإحسان، ولذلك استثناه من الربا المحرم، ترجيحا لمصلحة الإحسان بالقرض على مصلحة تحريم الربا، كما تقدم ، فيجوز دفع أحد النقدين فيه ليأخذ مثله نسيئة، ودفع طعام ليأخذ مثله بعد أجل، وهذا محرم في غير القرض، فإذا وقع العقد بلفظ القرض أو السلف فيما اتحد قدره وصنفه، كان قصد المعروف والإحسان والمكارمة ظاهرًا فيه، فلا يكون ممنوعًا.

وأما دفع الدينار لأخذ مثله بعد أجل، وكذا طعام ليأخذ مثله نسيئة على وجه البيع، فإن الشأن فيه عرفا المكايسة والمغابنة، فإذا تم العقد بلفظ البيع أو السلم كان ظاهرًا في قصد المكايسة والمغابنة، فتبطل مصلحة الإحسان التي استثنى الشرع لأجلها القرض من الربا، فيكون ممنوعًا.

كما إذا قال: أبيعك هذا الدينار بدينار لشهر، أو أبيعك هذا القنطار من الحنطة بقنطار حنطة لشهر، أو أسلمك هذا الدينار في دينار لشهر، أو أسلمك هذا القنطار في مثله لشهر...، فهذا لا يكون قرضًا وإن اتحد القدر والصنف، لكونه ظاهرا في قصد المكايسة والمغابنة، فيمنع لأنه ربا نساء.

وكذا لو أطلق فلم يذكر بيعًا أو قرضًا، كما لو قال: خذ هذا الدينار في دينار آخذه منك بعد شهر، أو قال: خذ هذا الصاع من القمح بصاع مثله آخذه منك بعد كذا، فإن الإطلاق يحمل على البيع، لأنه الغالب في المعاوضات، ولأن الإطلاق يجعل العقد محتملا للبيع والقرض، فيمتنع كونه قرضًا لعدم تعينه، فيكون ممنوعا، لأنه ربا نسيئة، غير أنه يعمل بالقرآئن عند الإطلاق، فإذا لم يسموا شيئا عند العقد لا بيعا ولا قرضًا، وتعارف الناس أنه إذا دفع دراهم أو أطعمة في مثلها لأجل يكون قرضًا، كان ذلك جائزًا لا ممنوعًا عملا بالعرف.

فعلة المنع من كون رأس المال طعامين أو نقدين، كونه يؤدي إلى ربا نساء فقط، أو إلى ربا النساء والفضل معا:

فيؤدي إلى ربا النساء فقط عند تماثل رأس المال والمسلم فيه مع اتحاد الجنس، كدينار في دينار، وصاع في مثله بلفظ السلم أو البيع، أو بلفظ محتمل للبيع والقرض، ولم توجد قرينة أو عرف على إرادة أحدهما، أو كان العوضان مختلفين في الجنس مع كونهما ربويين، كذهب في فضة، أو سمن في برّ، إلى أجل، وعكسه، فلا يصح لأنه ربا نساء.

ويؤدي إلى ربا الفضل والنساء معا، إن حصلت زيادة في أحد العوضين وكان الطعام ربويا واتحد الجنس في الطعام والنقدين، كأن أسلم قمحًا في قمح أو ذهبًا في ذهب مع التفاضل، فلا يجوز سلم بعضها في بعض، لأن في ذلك ربا فضل ونساء معا. واعلم أن الفلوس الجدد هنا كالذهب والفضة، فلا يجوز سلم بعضها ببعض.

الشرط الخامس: أن يكون المسلم فيه مما يمكن ضبطه بالصفة:

القاعدة: أن مقصود الشارع ضبط الأموال على العباد، لأنه أناط مصالح دنياهم وأخراهم بها، فمنع لذلك من تسليم الأموال للسفهاء، ونهى عليه الصلاة والسلام عن إضاعة المال، وعن بيع الغرر والمجهول كذلك، فيجب لذلك أن يكون المُشْتَرَى معلومًا بالرؤية - وهو الأصل - أو الصفة، وهو رخصة لفوات بعض المقاصد لعدم الرؤية، لكن الغالب حصول أغلب المقاصد بالصفة فلا عبرة بالنادر، فما لا تضبطه الصفة تمنع المعاوضة عليه، لتوقع سوء العاقبة بضياع المالية في غير معتبر في تلك المالية.

فلا يصح السلم فيما لا يمكن ضبطه بالوصف، كتراب المعادن لأنه مجهول الصفة، وتراب الصواغين للجهل بما فيه، لأن ما لا يمكن وصفه مجهول حقيقته.

واعلم أنه ليس كل ما يصح بيعه في الأصل يصح سلمه، بل هناك ما يصح سلمه باتفاق، وما لا يصح فيه باتفاق، وما اختلف في صحة السلم فيه.

* فما يصح بيعه في الأصل بالنسبة للسلم ثلاثة أقسام:

القسم الأول: ما اتفق الناس على امتناع السلم فيه لكونه لا يوصف، كتراب المعادن، والجزاف، وتراب الصواغين كما تقدم، أو لكونه يتعذر وجوده، أو نادر الوجود، ككبار اللؤلؤ الخارج عن العادة، أو لكونه لا يقبل النقل حتى يكون في الذمة، كالدور والأرض والبساتين والخان ونحوها.

القسم الثاني: ما اتفق الناس على صحة السلم فيه، وهو كل ما يكال أو يوزن، للحديث الصحيح الوارد فيه وهو قوله ﷺ: «مَنْ أَسْلَفَ فِي شَيْءٍ فَلْيُسْلِفْ فِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ وَوَزْنٍ مَعْلُومٍ إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ».

القسم الثالث: ما اختلف الناس في صحة السلم فيه، وهو ما عدا المكيل والموزون من العروض والحيوان، فمنع السلم في ذلك طائفة من أهل الظاهر مصيرا منهم إلى ظاهر هذا الحديث الوارد فيه، وأكثر الأئمة على جواز السلم في كل ما ينضبط بالعدد والصفة، ولكنهم يختلفون في تحديد ما ينضبط مما لا ينضبط بالصفة.

* فمما اختلف في جواز السلم فيه الحيوان، فأجاز فيه أكثر الأئمة: مالك والشافعي وأحمد بن حنبل في أشهر الروايتين عنه، وإليه ذهب كثير من السلف.

وخالف في ذلك بعض الأئمة: أبو حنيفة والثوري، وروي عن عمر وابن مسعود، فمنعوا السلم في الحيوان، واحتج أبو حنيفة:

أولا: بما روي أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن السلم في الحيوان، ولقول عمر رضي الله عنه: من الربا السلم في الحيوان.

وثانيا: بأن الحيوان يختلف اختلافا متباينا فلا يمكن ضبطه، فإن ذهب بعيدًا لاستقصاء أوصافه التي يختلف بها الثمن، كبديع الصفة تعذر تسليمه على تلك الصفة، لندرة وجوده على تلك الصفة، وإن لم يذكر تلك الصفات اختلف بها الثمن ظاهرًا، فلا يصح السلم في مثل هذا.

وثالثا: بالقياس على تراب الصاغة فلا يصح فيه السلم، فكذا الحيوان بجامع الجهل في كل.

والجواب عن الأول بأن حديث النهي عن السلم في الحيوان غير ثابت، لأن في سنده متهمًا، ثم هو معارض بما هو أقوى منه، فبطل التمسك به، والأثر المروي عن عمر لم يثبت أيضًا.

والجواب عن الثاني أن بني إسرائيل استوصفوا البقرة فوصفت لهم، فلو لم يكن الوصف يضبط لما كان فيه فائدة.

وهذا الجواب ضعيف، لأن المطلوب هناك أصل التمييز، وهو لا يكفي في المعاملة.

وأجيب عنه أيضًا بقوله ﷺ: «لاَتباشر المرأة المرأة فتنعتها لزوجها كأنه ينظر إليها»، رواه البخاري، في هذا الحديث أقام النبي ﷺ الوصف مقام الرؤية، ولولا أن الوصف يضبط لما أقامه مقام الرؤية.

وهذا الجواب أيضًا ضعيف، لأن المشبه يقصر عن المشبه به، ولا يكفي مثل هذا الضبط لصحة المعاملة، لأن المطلوب بالضبط في السلم سد ذريعة الربا، وهي تنفتح بأيسر المحاسن والدواعي، ولأن المقصود في صفات السلم إنما هو الصفات الظاهرة دون اختلاف النفوس، فلا حجة في الحديث.

نعم، قول الحنفية إن السلم لا يصح في الحيوان لشدة تفاوته وعدم انضباطه، ينتقض عليهم بالديباج المنقوش، وهو شديد الاختلاف، وقد أجازوا فيه السلم، على أننا نقول إن تفاوت الحيوان لا يمنع ضبطه، لأن الصفات المقصودة معلومة، ولكل واحد عبارة، فيقتصر على أول مراتبه، فلا جهالة البتة.

ويجاب عن قياسهم السلم على تراب المعادن، بأنه قياس مع الفارق فلا يصح، لانضباط الصفات المالية في الحيوان بخلاف تراب الصاغة، فإن ما فيه مجهول فافترقا، فلا يصح القياس.

وأما من أجازوا السلم في الحيوان، فقد استدلوا بما روى عبد الله بن عمرو بن العاص، قال: «أمرني رسول الله ﷺ أن أبعث جيشًا على إبل كانت عنده، قال: فحملت الناس عليها حتى نفدت الإبل وبقيت بقية من الناس، قال قلت: يا رسول الله، الإبل نفدت وبقيت بقية من الناس لا ظهر لهم، فقال لي: ابتع علينا إبلا بقلائص من إبل الصدقة إلى محلها حتى ينفذ هذا البعث، قال: وكنت أبتاع البعير بقلاصين وثلاث قلائص من إبل الصدقة إلى محلها حتى نَفَّذْتُ ذلك البعث، فلما جاءت إبل الصدقة أداها رسول الله»، رواه أحمد وأبو داود.

واستدلوا ثانيا بما رواه مسلم عن أبي رافع، قال: «استلف النبي ﷺ بَكْرًا فَقَضَى خِيَارًا»، وما تقرر قرضًا تقرر سلمًا بجامع ضبط الصفة.

وثالثًا أن الحيوان يثبت في الذمة صداقًا وعوض خلع عند المخالف، فنقيس السلم عليه بجامع أن كلا عوض موصوف في الذمة.

ورابعًا أنه عليه الصلاة والسلام وصف الدية من الحيوان في الذمة، وزكاة الحيوان أيضًا تثبت في الذمة بعد استهلاكها، فكذلك السلم قياسًا عليها يثبت فيها الحيوان في الذمة بالوصف، فهذا كله يدل على ثبوت الحيوان في الذمة، وما ذلك إلا لكونه مما يمكن ضبطه بالوصف.

غير أن أدلة المجيزين هذه لا تخلو أيضًا من المناقشة كسابقتها، فلم يسلم منها إلا الأول.

فقد يعترض على دليلهم الثاني: «اقترض بكرا فقضى خيارًا»، بأن القرض من باب الإحسان والمعروف فيسامح فيه، بخلاف السلم فإنه من باب المكايسة فلا يسامح فيه غالبًا.

وقياسهم المسلم فيه على الصداق وعوض الخلع في دليلهم الثالث، يعترض عليه بأن كلا من الصداق وعوض الخلع ليس من أبواب تنمية المال، بل الصداق من باب المكارمة يتسامح فيه، وكذا الخلع فإنه ليس ثمنًا، لأن الأصل في الطلاق أن يكون من دون عوض، بخلاف السلم فإنه من باب تنمية المال، فلا يصح قياس المسلم فيه على الصداق والخلع.

وقياسهم السلم في الحيوان على وصف الدية من الحيوان، وعلى ثبوت زكاة الحيوان في الذمة بعد استهلاكها، يعترض عليه بأن ذلك أيضًا من باب المعروف في الجملة، فلا يصح قياس السلم على ذلك، لأنه يقصد به المكايسة.

فلم يسلم للمجيزين للسلم في الحيوان إلا الدليل الأول، وعلى كل فمذهبهم هو الراجح، يؤيده عمل كثير من الصحابة: روى مالك في الموطأ أن علي بن أبي طالب رضي الله عنه باع جملا له يدعى عصيفيرا بعشرين بعيرا إلى أجل، وأن عبد الله بن عمر اشترى راحلة بأربعة أبعرة مضمونة عليه يوفيها صاحبها بالربذة.

وما روي عن عمر وابن مسعود من كراهية السلم في الحيوان فمحمول على سلم كانوا يشترطون الحيوان المسلم فيه من ضراب فحل بني فلان، فهم يشترطون نتاج فحل

معلوم، فكرها ذلك مخافة عدم حصوله، فيكون غررا، وعلى فرض صحة قول عمر في تحريم السلم في الحيوان فقد عارضه من ذكرنا من الصحابة، فلا يكون تحريمه حجة.

* ومما اختلف في صحة السلم فيه الرؤوس والأكارع، أجاز السلم فيه مالك، لأنه لحم فيه عظم يجوز شراؤه، فجاز السلم فيه كبقية اللحم، وهذا أحد قولي الشافعي، وقال أبو حنيفة والشافعي في أحد قوليه: لا يجوز السلم فيهما، لأن أكثره العظام والمشافر، واللحم فيه قليل وليس بموزون، فيمتنع كرماد الصاغة.

ومما اختلف فيه أيضًا السلم في الجواهر كلها من اللؤلؤ والياقوت والزبرجد والبلور ونحوها، فأجاز السلم فيها مالك إذ اشترط منها شيئًا معلومًا.

وقال أبو حنيفة والشافعي: لا يجوز السلم فيها، لتعذر ضبطها بالصفة، لفرط تفاوتها واختلافها بالصغر والكبر وحسن التدوير وزيادة ضوئها، ولا يمكن تقديرها بشيء معين، وإن ضبطه تعذر الوفاء به.

ومن أجاز السلم في الجواهر يقول: إنه يضبط بشدة الصفاء وقلته وتوسطه، وكبر الحبة وصغرها وتوسطها، وسلامتها من النمش، ويشترط التدوير والاستطالة والوزن أو المقدار، وما هو من أغراض أرباب الجواهر من الصفات التي تعينها في الذهن وتزيل عنها الجهالة، وهذا ما لم يكن المسلم فيه من الجواهر نادرًا، ككبار اللؤلؤ الخارج عن العادة، وقول من أجاز فيها أصح، لأن العبرة بقابلية الضبط بالوصف، وضبط الجواهر ممكن خاصة في عصرنا هذا.

ويجوز السلم عند مالك في المركبات والأخلاط كالترياقات والأبارجات والغوالي وأخلاط المعاجين ونحوها، ومنع الشافعي السلم فيها لتعذر ضبطها، لأنها مركبة من مفردات وكل واحد من مفرداتها مقصود في نفسه، فضبط قسط المركب من ذلك المفرد صفة ومقدارًا يتعذر.

والجواب أن المقصود من هذه المركبات يعرف عادة ولا عبرة بما ذكره، خاصة في عصر فيه جميع الأمور بالحساب والتقدير الدقيق في المركبات.

الشرط السادس: ضبط الأوصاف التي تتعلق بها الأغراض لدفع الخطر:

فلا بد من ضبط المسلم فيه بصفاته التي يختلف الثمن بها عند المتبايعين اختلافا يتغابن الناس في مثله، وإنما اشترط ذلك لأن المسلم فيه عوض في الذمة فلا بد من العلم

به كالثمن، ولأن العلم شرط في المبيع، وطريقه إما الرؤية وإما الوصف، فالرؤية ممتنعة ههنا فتعين الوصف.

والأوصاف التي تختلف بها الأثمان عادة في كل مبيع هي النوع والجودة والرداءة والتوسط بينهما، وما عدا ذلك من الأوصاف إنما يحتاج لبيانه إذا كانت الأغراض تختلف باختلافه، بأن كانت القيمة تختلف بسببه وإلا فلا يلزم البيان، وذلك كاللون، والطول والغلظ والرقة، والكبر والصغر، والذكورة والأنوثة، والسمن وضده، فهذه الصفات وما شابهها تختلف أغراض المتبايعين باختلافها في بعض المبيعات دون بعض:

- ففي الحيوان: النوع، والجودة والرداءة والتوسط، ويزيد سنه، وذكورته وأنوثته، وقدره المستلزم للطول والقصر، ويذكر سمنه لاختلاف الأغراض به، ويذكر لون الحيوان إن كان النوع الواحد يختلف به كالخيل، لاختلاف الغرض به فيه، دون الطير والبقر والجاموس ونحو ذلك مما لا تختلف القيمة باختلاف لونه، فلا يطلب بيانه في العقد، ويذكر كون الحيوان فحلا أو خصيا، راعيا أو معلوفا، إن اختلف بذلك الغرض.

- ويذكر في اللحم: الجنس كالضأن أو البقر، والسن كالجذع، والصنف كالذكورة والأنوثة، والهيئة من السمن وضده، وهذه لا بد من ذكرها في اللحم، وتسمية الناحية المأخوذ منها أجود، ويذكر في الرؤوس والأكارع: النوع من غنم أو غيرها، والسن، والذكورة والأنوثة، والسمن، وهل هو مشوي أو مغموم، وإن جرت العادة بالوزن كان أضبط، ويزاد في الأكارع مقدم أو مؤخر، ويذكر موضع اللحم من الحيوان، من جنب أو رقبة ونحو ذلك.

- ويذكر في الحيتان: نوعه لاج أو بورى، والسمن، والجودة والرداءة، وقدره: الكبر والصغر، وموضع الصيد، ككونه من بركة أو غدير أو بحر ملح، فإن نواحي البحر مختلفة لاختلاف المرعى، ويذكر أيضًا الوزن أو التحري.

- وفي العسل: يذكر الجودة والرداءة، ويزيد اللون، والبلد، والمرعى، لاختلافه بذلك طعمًا ورائحة، ويذكر الزمان فيه، ربيعي أو خريفي أو صيفي، إن اختلفت القيمة بذلك عادة.

- ويذكر في الفاكهة: جنسها وصفتها، وقدر التفاحة والرمانة مثلا، وجودتها ورداءتها.

- ويذكر في قصب السكر ما عرف فيه، فإن كان يباع عندهم حُزَمًا ذكر عدد العود وغلظه، وكذا جودته ورداءته، وإن كان يباع بالوزن عندهم اشترط ذكر وزنه، وقال الشافعي: لا يصح السلم في قصب السكر إلا وزنًا لعدم انضباط العدد في المائة.

ويكفي ذكر العدد في الرمان والسفرجل والتفاح ونحوها إذا وصفت مقاديرها بالكبر أو الصغر، ويجوز أن يكون الضبط بالوزن إذا كان عادة الناس ذلك.

- ومذهب مالك لا يسلم في البيض إلا بالعدد لأنه العادة، فيذكر جنس البيض من الدجاج أو غيره، وصغره وكبره، وقال الشافعي: لا يصح السلم في البيض إلا وزنا لشدة التفاوت في مقدار البيض.

- ويذكر في الثياب: الجنس ككتان أو قطن أو حرير أو صوف، والجودة والرداءة أو التوسط، والبلد لاختلاف نسيج البلدان، والطول، والصفاقة والخفة والغلظ والرقة، والنعومة والخشونة، وغير ذلك من الصفات التي تختلف الأغراض بها.

- ويصف الغزل بالنوع كالقطن والكتان والصوف والحرير، وبالجودة والرداءة والتوسط، والبلد لاختلاف غزل البلدان، واللون، والغلظ والرقة لأن غليظ الغزل يراد لغير ما يراد له رقيقه، ويذكر النعومة والخشونة كذلك.

- وفي الحبوب كالقمح: يذكر النوع، والجودة والرداءة والتوسط، وصغار الحب وكباره، وحديث أو قديم، وإن كان النوع الواحد يختلف لونه ذكر، كالسمراء والحمولة، أي حمراء وبيضاء، إن اختلف الغرض بهما في ذلك البلد، وهكذا في سائر الحبوب.

- وفي الزيت: يذكر نوعه وجودته ورداءته، والأصل الذي عصر منه، من زيتون وسمسم وسلحم وحب فجل أوكتان أو ذرة، ويبين ناحيته إن اختلف بذلك الغرض.

ويبين من كل شيء أسلم فيه من لؤلؤ أو مرجان، أو معدن كحديد ورصاص وكحل، أو شيء مطبوخ من لحم أو غيره، أو منسوج، أو مصاغ من حلي أو أواني، يذكر في كل ذلك ما يضبطه ويعينه في الذهن حتى تنتفي الجهالة.

ومن أسلم في شيء وشرط الجودة أو الرداءة صح السلم، وحمل على الوسط من الجيد أو الرديء، هذا إن لم يغلب شيء، وإلا حمل على الكثير الغالب من الجيد والرديء.

وإذا لم يذكر الجيد من الرديء في المسلم فيه، وفي البلد جيد ورديء منه فسد، لأن المسلم فيه لم يضبط فيؤدي ذلك إلى الخصومة عند الأداء.

ولو اتفقا على الأجود والأرفع من المسلم فيه فسد العقد أيضًا، لأنه لا يقدر على الأجود والأرفع غالبًا، وإن قدر عليه كان نادرا، والسلم لا يصح في النادر.

هذا وما لا يختلف به الثمن من صفات المسلم فيه لا يحتاج إلى ذكره في العقد، بل تركه أولى، لأن استقصاء كل الصفات مما يتعذر، وقد ينتهي الأمر فيه إلى مبالغة في الوصف يتعذر معها تسليم المسلم فيه لكونه يبعد وجوده بتلك الصفات كلها، فيجب الاكتفاء بالأوصاف الظاهرة التي يختلف الثمن بها ظاهرًا، ولو استقصى المتعاقدان صفات المسلم فيه حتى ينتهي الوصف إلى حال يندر وجوده بتلك الصفات بطل السلم، لأن من شروطه وجود المسلم فيه عند حلول الأجل، واستقصاء الصفات يمنع منه لتعذر حصوله بتلك الصفات.

الشرط السابع: أن يكون المسلم فيه معلوم القدر بالوزن أو الكيل أو العدد:

فلا يجوز السلم من غير ضبط، ولا في جزاف، ولا باشتراط القبض بعيار مجهول القدر، كاشتراط تسليم المسلم فيه بقفيز لا يعلم عياره، أو بقصعة معينة لا يعرف قدرها، أو بزنة حجر مجهول القدر، ويفسخ العقد إذا وقع بذلك، لأن ذلك جهالة في المبيع، وقد نهى عليه الصلاة والسلام عن بيع المجهول، وقد تقدم أن المسلم فيه لا بد أن يكون معلوما بالوصف، وجهل المقدار كجهل الصفة، ولقوله ﷺ: «مَنْ أَسْلَفَ فِي شَيْءٍ فَلْيُسْلِفْ فِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ وَوَزْنٍ مَعْلُومٍ إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ».

ولأن السلم في الحبوب مثلا بقفيز لا يعلم عياره، أو في ثوب بشرط التسليم بذراع فلان يؤدي إلى الغرر، لأن القفيز قد يهلك، والرجل صاحب الذراع قد يموت، فيتعذر معرفة قدر المسلم فيه، وهو غرر، والغرر منهي عنه، ولأن المسلم فيه عوض غير مشاهد يثبت في الذمة، فاشترط معرفة قدره كالثمن. هذا ولا يعلم خلاف بين الأئمة في اعتبار معرفة القدر شرطًا في صحة السلم، فيجب معرفة مقدار المسلم فيه بالكيل إن كان مكيلا، وبالوزن إن كان موزونًا، وبالعدد إن كان معدودًا.

فما يكال كالقمح والشعير ونحوهما يجب معرفة قدره بالكيل، وما يوزن كالسمن والعسل والزيتون يجب معرفة قدره بالوزن، وما يُعَدُّ كالثياب والحيوان يعرف مقداره بالعدد، وما يعرف مقدراه بالعد تارة بالوزن أخرى كالرمان يصح معرفة مقداره بالعد أو الوزن حسب العادة، لأنه يوزن في بعض البلاد ويعد في بعضها.

وما بيع بالعدد كالرمان والبيض والبطيخ ونحوهما مما فيه اختلاف بالكبر والصغر يقاس بخيط ويوضع ذلك الخيط عند شخص أمين حتى يتم الأجل فيقاس به عند التسليم، لأن في ذلك الكبير والصغير، والأغراض تختلف بذلك.

فإن أسلم فيما يكال كالحب وزنا، أو فيما يوزن كيلا، لتغير العادة، فقد منعه بعضهم، فلا يجوز في المكيل إلا كيلا، ولا في الموزون إلا وزنا، لأنه مبيع يشترط معرفة قدره، فلم يجز بغير ما هو مقدر به في الأصل، قياسا على الربويات بعضها في بعض، والأصح خلافه، فيجوز تقدير المكيل وزنا والموزون كيلا، إذا كانت عادة الناس كذلك، وهذا هو المنقول عن مالك، لأن الغرض من التقدير في السلم معرفة قدر المسلم فيه، وخروجه عن الجهالة، وإمكان تسليمه من غير تنازع، فبأي قدر قدر جاز.

فإذا قال مثلا: خذ هذا الدينار سلما على قنطار قمح، وهو في الأصل مكيل لا موزون، صح السلم إذا جرت عادة الناس بيع المكيل وزنا، كما هي عادة زماننا، فإن الضبط بالكيل قل في عصرنا، وقياسهم السلم على الربويات في المنع لا يصح، لأنه قياس مع الفارق، فإن التماثل في بيع الأموال التي يحرم التفاضل فيها في المكيل كيلا وفي الموزون وزنا شرط، ولا يعلم تحقق هذا الشرط إلا إذا قدرت بمقدارها الأصلي، بخلاف المسلم فيه، فإن الغرض معرفة القدر فقط، فافترقا.

الشرط الثامن: أن يكون المسلم فيه مؤجلا:

فلا يصح السلم الحال على ظاهر مذهب مالك والمشهور عنه، لقوله ﷺ: «مَنْ أَسْلَفَ فِي شَيْءٍ فَلْيُسْلِفْ فِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ وَوَزْنٍ مَعْلُومٍ إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ»، فأمر بالأجل، والأمر يقتضي الوجوب، ولأنه أمر بهذه الأمور تبيينا لشروط السلم، ومنعا منه من دونها، ولذلك لا يصح إذا انتفى الكيل والوزن، فكذلك لا يصح من دون الأجل، ولأنه إنما شرع رخصة للرفق، ولا يحصل الرفق إلا بالأجل، فإذا انتفى الأجل انتفى الرفق، فلا يصح، ولأن الحلول يخرجه عن اسمه ومعناه، أما الاسم، فلأنه سمي سلما وسلفا لتعجيل أحد العوضين وتأخير الآخر، وأما خروجه عن معناه بالحلول، فلأن الشارع رخص فيه من أجل الحاجة الداعية إليه، ومع حضور ما يبيعه حالا لا حاجة إلى السلم، فلا يثبت.

ولأنه إذا لم يشترط فيه الأجل كان من باب بيع ما ليس عند الإنسان، وهو منهي عنه، بخلاف ما إذا ضرب الأجل فإن الغالب تحصيل المسلم فيه في ذلك الأجل، فلم

يكن من باب بيع الإنسان ما ليس عنده، إذ كأنه إنما باع ما هو عنده عند الأجل، ولأن المسلم فيه أحد العوضين في السلم، فلا يقع إلا على وجه واحد كالثمن.

واشتراط الأجل في السلم هو مشهور مذهب مالك، وهو قول أبي حنيفة وأحمد، وفي مذهب مالك قول بجواز السلم الحال يتخرج من بعض الروايات عن مالك، وهو مذهب الشافعي، فيصح السلم عنده حالا ومؤجلا.

وذهب بعض أصحاب مالك إلى التفصيل بين سلم يكون ممن شأنه بيع تلك السلعة، فيجوز أن يكون حالا، وسلم يكون ممن ليس شأنه بيع تلك السلعة، فلا يصح منه إلا مؤجلا، وهذا تفصيل حسن.

استدل الشافعي ومن وافقه بما يلي:

1 - قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾[1]، وهو عام يشمل كل بيع، والسلم منه، وأجيب بأنه مخصوص بقوله ﷺ: «مَنْ أَسْلَمَ فَلْيُسْلِمْ إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ»، وهو أخص من الآية فيقدم على عمومه، وفيه أمر، والأمر للوجوب.

2 - استدل بأنه عليه الصلاة والسلام اشترى جملا من أعرابي بوسق من تمر الذخيرة، فلما دخل البيت لم يجد التمر، فقال للأعرابي: إني لم أجد التمر، فقال الأعرابي: واغدراه، فاستقرض الرسول وسقا وأعطاه، فجعل الجمل قبالة وسق في الذمة، وهو السلم الحال.

وأجيب بأن هذا إن صح فلا نسلم أنه سلم، كيف وقد وقع العقد على تمر معين موصوف، فلذلك قال: «لَمْ أَجِدْ شَيْئًا»، ولا يقال في الذي في الذمة لم أجد شيئًا، لتيسره بالشراء، ولكن لما رأى رغبة البدوي في التمر اقترض له تمرًا آخر، على أنه في الحديث أدخل الباء على التمر، إذ قال: «بوسق من تمر»، فيكون التمر ثمنًا لا مثمنًا، لأن الباء من خصائص الثمن.

3 - استدل بأن السلم عقد يصح مؤجلا، فيصح حالا قياسا على بيوع الأعيان.

4 - قياسه على الثمن في البيوع لا يشترط فيه الأجل، فكذلك السلم.

والجواب عن هذين بأن كلا منهما قياس مع الفارق فلا يصح، إذ لا قياس من دون مشاركة الفرع للأصل، وما هنا هو التباين لا الاشتراك، بيان ذلك:

(1) سورة البقرة، الآية 275.

أولا: إن موضوع البيع المكايسة (المغالبة)، والتعجيل يناسبها، وموضوع السلم الرفق والتأجيل يناسبه، فتباين الأصل والفرع، فلا يصح القياس.

ثانيا: إن التعجيل ينافي موضوع السلم، وبه يبطل مدلول اسمه كما سبق، والتأجيل لا ينافي موضوع البيع، ولا يبطل به مدلول اسمه، فلذا صحت مخالفة قاعدة البيع في المكايسة بالتأجيل، ولم يصح مخالفة قاعدة السلم في الرفق بالتعجيل.

5 - خامسًا إن السلم إذا جاز مؤجلا فليجز حالا بطريق الأَوْلَى، لأن الحلول أنفى للغرر، فيكون جوازه مؤجلا من باب التنبيه بالأدنى على الأعلى.

والجواب أن الأولوية فرع المشاركة بين الأصل والفرع ولا اشتراك ههنا، بل التباين، لأن الرفق الذي يحصل بالتأجيل لا يحصل بالحلول، فكيف يقال بطريق الأَوْلَى، على أننا وإن سلمنا حصول الرفق بالحلول أيضًا لا نسلم عدم الغرر مع الحلول، بل الحلول في السلم غرر، لأنه إن وجد المسلم فيه عنده فهو قادر على بيعه معينًا حالا، فعدوله إلى السلم عندئذ قصد للغرر.

وإن لم يكن عنده فالأجل يعينه على تحصيله، والحلول يمنع ذلك ويعين الغرر، وهذا هو الغالب، لأن ثمن الشيء المعين أكثر، فلو كان عنده المسلم فيه لعينه لتحصيل فضل الثمن الأكثر، فتركه الآن لأنه ليس عنده، فيندرج الحال في الغرر، فيبطل قولهم بطريق الأَوْلى، وبهذا القياس يظهر أن الحلول في السلم غرر لا أنه أنفى للغرر كما زعموا، بل هو أوجد للغرر.

هذا وروي عن مالك أنه أجاز السلم إلى يوم، فقيل هي رواية في السلم الحال، وقيل بل المذهب لا يختلف في منع السلم الحال، وإنما اختلاف الرواية عنه في مقدار الأجل، فروي عنه أن الأجل ما تتغير في مثله الأسواق من غير تحديد عنده، وعنه إجازة السلم إلى اليوم.

وعن ابن وهب أن الأجل إلى اليومين والثلاثة في الثياب والدواب أحسن من بعيد الأجل، فيحتمل أن يكون هذا الخلاف في مقدار الأجل، كما يحتمل أن يكون إجازة للسلم الحالّ، وفاقا لمذهب الشافعي.

الشرط التاسع: أن يكون الأجل معلوما:

- لقوله تعالى: ﴿إِذَا تَدَايَنْتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى﴾[1]، والدَّيْنُ هو المؤجل من الأموال المضمونة في الذمة، فيشمل المسلم فيه إن لم يكن هو المقصود وحده، على ما ذهب إليه ابن عباس رضي الله عنهما من أن الآية أنزلت في السلم إلى أجل معلوم.

ولقوله عليه الصلاة والسلام في الحديث السابق: «..إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ»،

ولأن الأجل منه يعلم الوقت الذي يقع فيه قضاء المسلم فيه، فالأجَلُ المجهول غير مفيد، بل مفسد للعقد لأنه غرر.

ولأن الأجل أيضًا له جزء من الثمن، فهو مبيع، فلا بد أن يكون معلومًا، ولو ذكر أجلا يشترك فيه شيآن لم يصح السلم حتى يعين أحدهما للجهالة.

ولا خلاف بين العلماء في اشتراط العلم بالأجل، وإنما الخلاف في وجوب تقديره بالأيام والشهور، أم يصح تقديره بنحو الجذاذ والحصاد والمواسم والصيف والشتاء وما أشبه ذلك مما تضبطه العادة، فأجازه مالك لأن الاختلاف الذي يكون في مثل هذه الآجال يسير، والغرر اليسر معفو عنه في الشرع، وشبهه بالاختلاف الذي يكون في الشهور بالزيادة والنقصان.

فإن قدر الأجل بما ذكر من الحصاد والجذاذ وقدوم الحاج والصيف والشتاء، فإنه يعتبر في ذلك الوقت الذي يحصل فيه غالب ما ذكر دون أوله وآخره، وذلك وسط الوقت المعد لذلك، سواء وجدت تلك الأفعال - كالحصاد والجذاذ - في بلد العقد أم لم توجد فيه، ولو قال: إلى يوم الجمعة أو رمضان، فالوقت أول جزء منه، فلو قال: في الجمعة أو في رمضان، فمن أوله إلى آخره، ولكن يكره، لاقتضائه المخاصمة ما بين أول الشهر إلى آخره، وقس على هذا نظائره.

ولو قال: الأجل ثلاثة أشهر، تحسب بالأهلة، فإن وقع العقد في أثناء الشهر من الثلاثة حسب الثاني والثالث بالهلال، وكمل الكسر ثلاثين يوما من الرابع.

ومن لهم عادة بوقت القبض فلا يحتاجون لضرب الأجل، كأرباب المزارع وأرباب الثمار، فإن عادة الأول القبض عند حصاد الزرع، وعادة أرباب الثمار الوفاء زمن جذ ثمارهم، فيكون الأجل عندهم معلومًا حكمًا وإن لم يصرحوا به.

---

(1) سورة البقرة، الآية 288.

والأيام المعلومة للمتعاقدين كالمنصوصة، كأن يقول: خذ هذا الدينار في قنطار قمح إلى عاشوراء، أو وقوف عرفة، أو مولد الرسول ﷺ، والحال أنهما يعلمان أن عاشوراء عاشر يوم من المحرم، وأن الوقوف بعرفة تاسع يوم شهر ذي الحجة، وأن مولد الرسول ﷺ ثاني عشر من شهر ربيع الأول.

ولو قال: إلى أول يوم في آخر الشهر، فهو السادس عشر، وإلى آخر يوم في أوله فهو الخامس عشر.

وذهب بعض الأئمة إلى عدم صحة تقدير الأجل في السلم إلا بزمن بعينه لا يختلف، ولا يصح ضرب الأجل بالحصاد والجذاذ والمواسم كقدوم الحاج والصيف والشتاء وما أشبه ذلك، وهذا قول أبي حنيفة والشافعي وإحدى الروايتين عن أحمد، لأن الاختلاف الذي يكون في مثل هذه الآجال فيه غرر كثير، لأنه يقرب ويبعد ولا ينضبط، فلا يجوز أن يكون أجلا، فأشبه ما لو قال إلى قدوم زيد، فلا يغتفر فيه، ولأنه روي عن ابن عباس أنه قال: لا تتبايعوا إلى الحصاد والدياس، ولا تتبايعوا إلا إلى شهر معلوم.

ولا حجة فيما روي عن ابن عباس، لأن بعض الصحابة قد خالفه كابن عمر رضي الله عنهما، فقد روي أنه كان يبتاع إلى العطاء، والعطاء يختلف، يتقدم ويتأخر ويتفاوت، فأشبه الحصاد والجذاذ والمواسم، فالراجح قول من أجاز ضرب الأجل بما ذكر، لأنه أجل يعرف في العادة لا يتفاوت تفاوتًا كثيرًا، فأشبه ما إذا قال إلى رأس السنة.

أقل أجل السلم: اختلف العلماء في أقل أجل السلم، وتحصيل مذهب مالك في مقداره من الأيام أن المسلم فيه على ضربين: ضرب يقتضى بالبلد المسلم فيه، وضرب يقتضى بغير البلد الذي وقع فيه السلم، فإن اقتضاه في البلد المسلم فيه، فقال ابن القاسم: إن المعتبر في ذلك أجل تتغير في مثله الأسواق، قال: وأرى الخمسة عشر يومًا والعشرين في البلد الواحد، لأن هذه المدة مظنة اختلاف الأسواق في البلد الواحد.

وقدَّر بعضهم الأجل بثلاثة أيام، وحجتهم:

أولا: هي مدة يجوز فيها خيار الشرط في البيع، فيقاس أجل السلم على مدة خيار الشرط.

ثانيا: إن الثلاثة آخر حد القلة، ويتعلق بها عندهم إباحة رخص السفر.

والجواب عن الأول: إنه لا يصح اعتبار أجل السلم بمدة الخيار، لأن الخيار في البيع يجوز ولو ساعة إذ لا حد لأقله، وهنا في السلم لا يجوز بذلك بالاتفاق، والأجل في السلم يجوز أن يكون أعوامًا، وهم لا يجيزون الخيار في البيع أكثر من ثلاث، فافترق المقيس والمقيس عليه ولم يصح القياس.

والجواب عن الثاني: إن كون الثلاثة آخر حد القلة، وإنه يتعلق بها إباحة رخص السفر، لا يقتضي التقدير بها في أجل السلم.

وقال بعضهم: يتحقق الأجل بأقل مدة ولو بنصف يوم، وحجتهم أن الأجل إنما اعتبر في السلم، لأن المسلم فيه معدوم في الأصل، لكون السلم إنما ثبت رخصة في حقِّ المفالِيسِ، فلا بد من الأجل ليحصل ويسلم، وهذا يتحقق بأقل مدة يتصور تحصيله فيها.

والجواب: إن قولهم إن المقصود من كون السلم مؤجلا يحصل بأقل مدة، لا يصح، لأن السلم إنما يكون لحاجة المفاليس الذين لهم ثمار أو زروع أو تجارات أو مهن يكتسبون منها ينتظرون حصولها، ولا يحصل هذا في المدة اليسيرة غالبًا.

والراجح هو القول بأنه أجل تختلف فيه الأسواق، لأن الأجل إنما اعتبر ليتحقق الرفق الذي شرع من أجله السلم، ولا يحصل ذلك بالمدة التي لا وقع لها في الثمن، فينبغي اعتبار أجل تتغير فيه الأسواق.

والذي يظهر أن منشأ الخلاف في مقدار أجل السلم هو: هل جَعْلُ الأجل شرطًا في السلم معلل أم غير معلل؟ فمن جعل الأجل في السلم شرطا غير معلل، ذهب إلى اشتراط أقل ما ينطلق عليه الاسم، ومن جعله شرطا معللا بكون الأجل يعين على تحقيق الرفق الذي شرع من أجله السلم، ولا يحصل ذلك إلا بالمدة التي لها وقع في الثمن، اشترط من الأيام ما تختلف به الأسواق غالبًا.

هذا كله إذا كان اقتضاء المسلم فيه في بلد العقد، وأما إذا شرط القبض بغير البلد الذي وقع فيه السلم، فلا يشترط ضرب الأجل، بل يجوز من دونه، فتكون المسافة بين البلدين كالأجل فيكتفى بها، ولكن بقيود:

أحدها: أن تكون المسافة كيومين فأكثر ذهابًا، لأنها مظنة اختلاف الأسواق في البلدين وإن لم تختلف بالفعل، فإن كانت المسافة أقل من يومين فلا يكفي ولو اختلف السوق بالفعل، فلا بد من التأجيل نصف شهر، لأن البلدين حينئذ كالبلد الواحد، وقيل يكفي ولو كانت المسافة نصف يوم إذا اختلفت الأسعار فيهما.

ثانيها: أن يشترط في العقد الخروج فورا، وأن يخرجا بالفعل إما بنفسيهما أو وكليهما.

ثالثها: اشتراط قبضه فورًا بمجرد الوصول للبلد الثاني، وإن لم يقبض بالفعل، لأن العبرة الاشتراط لا القبض بالفعل.

رابعها: تعجيل رأس المال في المجلس أو قربه، لئلا يلزم الدَّيْنُ بالدَّيْنِ.

خامسها: أن يكون السفر في يومين ببرّ أو بحر بغير ريح كالمنحدرين، ويحترز بذلك من السفر بالريح كالمقلعين، فلا يجوز، لأنه ربما أدى إلى قطع مسافة اليومين في نصف يوم فيؤدي إلى السلم الحال.

فمتى اختل شرط منها وجب ضرب الأجل.

هذا وكون المسافة بين البلدين كالأجل هو المشهور، وقيل: لا بد من ضرب الأجل في السلم، فلا تكون المسافة كالأجل، لأن السلم يتضمن الزمان والمكان، فذكر أحدهما لا يغني عن الآخر، بل لا بد من أجل تتغير فيه الأسواق، فإن عقدا على خلاف الأجل استحب فسخه، ولا يجب، لوجود الخلاف فيه.

الشرط العاشر: أن يكون المسلم فيه موجودا عند حلول الأجل مأمون التسليم:

وما لا وجود له كالكبريت الأحمر، أو لم يكن الأجل في زمانه كالسلم في فاكهة الشتاء لتسليمها في الصيف، وبالعكس، أو كان المسلم فيه غير مأمون التسليم عند أجله، بسبب توقع العجز عن تسليمه، إما لكونه نادرا ككبار اللؤلؤ الخارج عن العادة لعدم القدرة على تحصيله غالبًا، فيلزم عليه بيع ما ليس عند بائعه، وما لا قدرة على تسليمه، وإما لكونه لا يؤمن تلفه وانقطاعه فيتعذر تسليمه عند حلول الأجل، كالسلم في ثمر بستان صغير بعينه، لأنه لقلته قد لا يوجد المسلم فيه عند حلول الأجل، وكالسلم في نسل حيوان بعينه - وإن كانت حوامل - لعدم الوثوق بنسله، فيتعذر التسليم، فلا يصح السلم في ذلك كله، فما لا وجود له لا يمكن تحصيله، وما قل وجوده بحسب العادة لم يؤمن تسليمه، فالسلم فيه يؤدي إلى تردد الثمن المدفوع، تارة يكون ثمنا وذلك عند تسليم المسلم فيه عند حلول الأجل، وتارة يكون سلفًا عند تعذر تسليمه بسبب انقطاعه أو تلفه.

وكون المدفوع مترددا بين الثمنية والسلفية ممنوع، وسبب المنع من ذلك: أن السلف رخص فيه صاحب الشرع لمصلحة المعروف بين العباد، فاستثناه لذلك من قاعدة الربا في النقدين وغيرهما، فإذا فعل السلف لغير المعروف امتنع، فإذا آل أمر الثمن إلى سلف يرد بسبب تعذر تسليم المسلم فيه، مع أنه لم يقصد به المعروف أوّلا، امتنع، لأن المعنى الذي استثناه الشارع لأجله من المحرمات مفقود هنا، أو نقول: إن السلف شرع للمعروف والإحسان قربة لله، فشأنه أن يكون لله، فإذا وقع ما شأنه أن يكون لله لغير الله امتنع، فتنبه لذلك فإنه مفيد، فإنهم كثيرًا ما يعللون فساد العقد في كثير من أبواب المعاملات بقولهم يلزم أن يكون الثمن تارة بيعا وتارة سلفًا.

وإبطال السلم فيما لا يؤمن من وجوده عند حلول الأجل لا يعلم فيه خلاف بين الأئمة، فهو كالمجمع عليه، وروى ابن ماجه أن النبي ﷺ أسلف إليه رجل من اليهود دنانير في ثمر مسمى، فقال اليهودي: من ثمر حائط بني فلان، فقال النبي ﷺ: «أَمَّا حَائِطُ بَنِي فُلاَنٍ فَلاَ، وَلَكِنْ كَيْلٌ مُسَمًّى إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى».

* وجمهور الأئمة منهم مالك على أن الشرط هو وجود المسلم فيه، أي القدرة على تحصيله غالبًا عند حلول أجله، فلا يشترط وجوده حال العقد، ولا عدم انقطاعه في أثناء الأجل، فيصح ولو انقطع في الأجل بتمامه، ما عدا وقت القبض، بل لا يمنع من صحة العقد احتمال انقطاعه نادرا عند حلول أجله، لأن العبرة بالغالب، فلا يلتفت لما يحدث نادرا، وهذا مذهب الشافعي وأحمد أيضًا.

وخالف في ذلك أبو حنيفة والثوري والأوزاعي، وقالوا: لا يجوز السلم إلا إذا كان جنس المسلم فيه موجودا من حين العقد إلى حلول الأجل.

والصحيح قول مالك ومن وافقه، وحجته الحديث الصحيح: أن رسول الله ﷺ قدم المدينة وهم يسلمون في الثمار السنة والسنتين والثلاث، فقال: «مَنْ أَسْلَفَ فِي شَيْءٍ فَلْيُسْلِفْ فِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ وَوَزْنٍ مَعْلُومٍ إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ»، فهذا الحديث يدل على عدم اشتراط وجود المسلم فيه حال العقد بوجوه:

أحدها: أن ثمر السنتين معدوم، ولم يذكر الرسول ﷺ وجوده عند العقد.

ثانيها: إنه عليه الصلاة والسلام أطلق ولم يفرق.

ثالثها: إن وجود المسلم فيه عند العقد، لو كان شرطا لبينه النبي ﷺ، لأن تأخير البيان عن وقت الحاجة ممتنع، وإقرارهم على السلف في الثمار سنتين مع العلم بانقطاعها وسط السنة دليل على عدم اعتبار وجود المسلم فيه إلا عند التسليم.

ولأن حال العقد وقت لم يجعله المتعاقدان محلا للمسلم فيه، فلا يعتبر وجوده، كما لم يعتبر بعد الأجل احتمال تعذر وجود المسلم فيه، وذلك لأن القدرة على التسليم إنما تطلب في وقت اقتضاء العقد لها، أما ما لا يقتضيه العقد فيستوي قبل الأجل لتوقع الموت، وبعده لتعذر الوجود، فيتأخر القبض، ولم يعتبر عدم احتمال تعذر وجود المسلم فيه بعد الأجل شرطا في صحة السلم باتفاق، لأن العقد لا يقتضيه، فألغي إجماعًا، فكذلك احتمال توقع الموت، لأن العقد لا يقتضيه.

ولأن المسلم فيه يثبت في الذمة ويوجد عند أجله غالبًا، فجاز السلم فيه ولو كان معدوما عند العقد، قياسًا على أثمان بيوع الآجال، فإنها تثبت في الذمة ولا يشترط وجودها من حين العقد باتفاق، فكذلك المسلم فيه.

ولأنه يثبت في الذمة ويوجد في محله غالبًا، فجاز السلم فيه قياسًا على الموجود.

* وأما من اشترط لصحة السلم وجود المسلم فيه في جميع الأجل، فقد استدل بما يلي:

- الدليل الأول: إن كل زمن يجوز أن يكون محلا للمسلم فيه لاحتمال موت البائع المسلم إليه، فيحل أجل السلم بموته فلا يوجد المسلم فيه، فاعتبر وجوده من حين العقد إلى حين القبض.

وجوابه أنه لو اعتبر وجود المسلم فيه في جميع الأوقات لأدى ذلك إلى أن تكون آجال السلم مجهولة، لاحتمال الموت في كل وقت، فيلزم بذلك بطلان كل سلم، وكذا البيع بثمن إلى أجل، وهذا لا يقول به أحد، بل الأصل عدم تغير ما كان عند العقد، وبقاء الإنسان إلى حين التسليم، فإن وقع الموت فلا نسلم أن الدَّيْن يحل به، بل توقف التركة إلى حلول الأجل، فإن البيع لا يفسد بالموت، فإذا مات المسلم إليه أثناء الأجل ولم يوجد المسلم فيه امتنع التعجيل، نعم لو كان عليه دَيْن لم يلزم الغرماء الصبر إلى حلول أجل السلم، بل يحاصصون المشتري، فما نابه من المال يوقف إلى حلول الأجل فيشترى به المسلم فيه.

ولو سلمنا أن الدَّيْن يحل بالموت، فلا يلزم منه اشتراط وجود المسلم فيه في جميع الأوقات، لأن الأجل المعتبر هو ما جعله المتعاقدان محلا، وهما لم يجعلا الموت محلا، فلا يلتفت لاحتمال وقوعه.

- الدليل الثاني: إن المسلم فيه إذا كان معدومًا قبل الأجل وجب أن يكون معدومًا عنده عملا بالاستصحاب، فيكون غررا، فيمتنع إجماعًا.

والجواب أن الاستصحاب هنا معارض بالغالب، فإن الغالب وجود الأعيان في إبانها.

- الدليل الثالث: إن المسلم فيه معدوم عند العقد، فيمتنع سلمه، كبيع الغائب على الصفة إذا كان معدومًا.

والجواب: إن هذا قياس مع الفارق، فلا يصح، لأن الحاجة تدعو إلى العدم في السلم، إذ لا يحصل مقصود الشارع من الرفق في السلم إلا مع العدم، وإلا فالموجود يباع بأكثر من ثمن السلم غالبًا، ولا يلزم من ارتكاب الغرر للحاجة ارتكابه لغير حاجة، كما في بيع الغائب المعدوم، إذ لا ضرورة تدعو إلى ادعاء وجوده، بل نجعله سلمًا.

- الدليل الرابع: إن المعدوم أبلغ في الجهالة من المجهول الوجود، لأن المجهول الوجود له ثبوت من بعض الوجوه، بخلاف المعدوم، فإنه نفي محض، وبيع المجهول الوجود باطل قطعا، فيبطل بيع المعدوم قياسا عليه بطريق الأَوْلى.

والجواب: إن المالية منضبطة بالصفات مع عدم المبيع، وهي مقصود عقود التنمية، بخلاف الجهالة، فإن المالية لا تنضبط معها.

على أن ما ذكروه من أن المعدوم أبلغ في الجهالة من المجهول الوجود منقوض بالإجارة، فإنها تمنعها الجهالة دون العدم، ألا ترى أن المنفعة في الإجارة منعدمة عند التعاقد، لكونها لا تقبض مرة واحدة، فالعدم لم يمنع من صحتها، ولكن الجهالة في المنفعة يبطلها، لأن معرفة المنفعة من شروط الإجارة، فبطل قولهم إن المعدوم أبلغ في الجهالة من المجهول الوجود.

- الدليل الخامس: إن ابتداء العقود آكد من انتهائها، بدليل اشتراط الولي وغيره في ابتداء النكاح، وبدليل منافاة اشتراط أجل معلوم فيه، وهو نكاح المتعة، فينافي التحديد أوله دون آخره، وكذلك البيع، يشترط فيه أن يكون المبيع معلومًا مع شروط كثيرة، وكل ذلك لا يشترط بعد ذلك، فكل ما ينافي أول العقود ينافي آخره من غير عكس، وعدم وجود المسلم فيه ينافي آخر الأجل، فينافي أول العقد بطريق الأَوْلى.

وجوابه: إنا لا نسلم أن ابتداء العقود آكد في نظر الشرع، لكن آكد من استمرار آثارها، ونظيره ههنا بعد القبض، وإلا فكل ما يشترط من أسباب المالية عند العقد يشترط في المعقود عليه عند التسليم، وعدم المعقود عليه عند العقد مع وجوده عند التسليم لا مدخل له في المالية البتة، بل المالية مصونة بوجود المعقود عليه عند التسليم، فهذا العدم حينئذ طردي، فلا يعتبر في الابتداء ولا في الانتهاء مطلقًا.

فظهر مما تقدم رجحان القول بأن الشرط هو وجود المسلم فيه عند حلول الأجل، بحيث يكون المسلم إليه قادرا على تحصيله وتسليمه غالبا، ولا ينظر إلى وجوده حال العقد، ولا عدم انقطاعه في أثناء الأجل.

الشرط الحادي عشر: أن يكون المسلم فيه يقبل النقل:

وذلك حتى يتهيأ أن يكون في الذمة، وما لا يقبل النقل هو الأرض والدور والحمام والحانوت والخان والبستان ونحوها، وعلة فساد السلم فيه أن ما لا ينقل لا يثبت في الذمة، ومن شروط السلم أن يكون المسلم فيه في الذمة. بيان ذلك: أنه يجب في السلم ضبط المسلم فيه بصفاته التي تختلف الأغراض بها، ومن جملة الصفات التي تذكر فيما لا ينقل، تعيين البقعة التي توجد بها الأرض أو الدار أو الحانوت أو الحمام أو البستان، لأن خصوص أماكنها مقصودة للعقلاء، فإن عين بقعتها صار ما فيها معينًا، فلم يكن العقد سلمًا، لأن السلم في المعين لا يجوز، إذ المعين لا يكون في الذمة، وإن لم يعين البقعة، كان سلمًا في مجهول، فلا يصح.

الشرط الثاني عشر: أن يكون المسلم فيه دَيْنًا في الذمة:

فلا يصح السلم في معين غائب أو حاضر ولا في الجزاف.

* وعلة فساد السلم في المعين أنه إن لم يكن ذلك المعين في ملك البائع فالغرر ظاهر، لأنه بيع ما ليس عند الإنسان، وهو منهي عنه لتوقع العجز عن تسليمه.

وإن كان المعين في ملك البائع (المسلم إليه) أدى إلى بيع معين يتأخر قبضه، وهو ممنوع أيضًا.

وسر المنع من بيع معين يتأخر قبضه، هو أن الأصل في الأسباب الشرعية التي جعلها الشرع سببا لانتقال الملك - وهي الإيجاب والقبول - أن تترتب عليها مسبباتها تحصيلا لحكم تلك الأسباب، فإذا تأخر قبض المبيع توقعنا هلاكه أو عدم بقائه على الصفة التي كان عليه عند العقد قبل ترتب حكم السبب الشرعي الذي هو الانتفاع بالملك، وهو غرر، وإذا كان هلاك المبيع المعين قبل قبضه محتملا كان الثمن المدفوع مترددا بين كونه ثمنًا إن لم يهلك، وكونه سلفًا إن هلك، وحينئذ يكون السلف الذي شرع للمعروف قربة وقع لغير معروف فيمتنع، لأن ما لله كما تقدم إذا وقع لغير الله امتنع.

هذا بالإضافة إلى أن بيع شيء معين مع اشتراط تأخير قبضه فيه تهمة للبائع في التعدي إذا هلك عنده قبل القبض.

ولأن السلم في معين يلزم منه الضمان بجعل، وهو ممنوع كما تقدم، وذلك أن المسلم (المشتري) حين أسلم في معين صار الضمان منه لكونه معينًا، ولما شرط تأخيره فقد نقل الضمان إلى البائع المسلم إليه، وحينئذ يكون رأس المال المدفوع بعضه في مقابلة المسلم فيه ثمنًا له، وبعضه في مقابلة الضمان جعالة، فإن لم ينقد الثمن حذرًا من ذلك اختل شرط السلم الذي هو تعجيل رأس المال.

* وأما علة فساد السلم في الجزاف، فلأن من شروط المسلم فيه أن يكون في الذمة، وشرط صحة بيع الجزاف رؤيته - وهو برؤيته يكون معينًا - والسلم لا يجوز في معين يتأخر قبضه، وفيه سبب آخر وهو أن الجزاف غير معلوم القدر، فهو مجهول قدره فلا يصح فيه السلم لنهيه عليه الصلاة والسلام عن بيع المجهول، وجهل المقدار كجهل الصفة.

وهذا الشرط، أي كون المسلم فيه دينا في الذمة فلا يسلم في معين، قيل يغني عنه ما تقدم من اشتراط تبيين صفات المسلم فيه، لأن الحاضر المعين لا تبيين فيه، فتعين أن تبيين الصفات إنما هو لما في الذمة، فكان ينبغي الاستغناء عنه بما سبق من ضبط أوصاف المسلم فيه.

والجواب أن تبيين الصفات قد يكون في غائب معين موجود عند المسلم إليه، فلهذا احتيج لذكر هذا الشرط، لأن اشتراط تبيين الأوصاف لا يغني عنه.

الشرط الثالث عشر: تعيين مكان القبض:

باللفظ أو العادة، وهذا الشرط مختلف فيه، والمشهور في مذهب مالك عدم الاشتراط، وعلى هذا، فمكان القبض هو المكان الذي اشترط التسليم فيه إن كان، أو محل العقد إذا لم يعينا محلا آخر.

وحجة هذا القول الحديث السابق، إذ قال فيه: «مَنْ أَسْلَفَ فَلْيُسْلِفْ فِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ وَوَزْنٍ مَعْلُومٍ»، ولم يذكر عليه الصلاة والسلام مكان الإيفاء، إذ لو كان ذكر مكان الإيفاء شرطًا لصحته لبينه، فدل سكوته عنه على عدم اشتراطه، وقد تقدم أيضًا أنه ﷺ أسلف إليه يهودي دنانير في تمر مسمى، فقال اليهودي: من حائط بني فلان، فقال النبي

ﷺ: «أَمَّا مِنْ حَائِطِ بَنِى فُلاَنٍ فَلاَ، وَلَكِنْ كَيْلٌ مُسَمًّى إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى»، ولم يذكر مكان الإيفاء أيضًا، ولأن السلم عقد معاوضة، فلا يشترط ذكر مكان الإيفاء قياسًا على بيوع الأعيان.

والقول المقابل للمشهور اشتراط ذكر مكان القبض عند العقد منعا للتشاجر فيما بعد، وهذا اختيار بعض المالكية، وهو مذهب أبي حنيفة، وأحد قولي الشافعي، ودليلهم أولا: أن القبض يجب بحلول الأجل، ولا يعلم موضعه حينئذ، فيجب شرطه لئلا يكون مجهولا فيؤدي إلى التنازع، وثانيا: أن الأسعار تختلف باختلاف البلاد كالاختلاف بالأزمان، فيجب تعيين مكان القبض قياسًا على الزمان.

وجوابه: إن هذا قياس مع الفارق فلا يصح، لأن من مقصود السلم الزمان دون المكان في العادة، وكذلك القرض، لأن الناس يستلفون لزمان معين ويُسْلِمُون له دون المكان، فإن المقصود تجدد الأرزاق المعينة على الوفاء، والرزق في الغالب يتجدد بتجدد الزمان دون تجدد المكان، فإن وقع في المكان فهو لتجدد الزمان، وكذلك إن تعلق الأمل بالسعادة والأرزاق في الزمان المستقبل دون المكان، فالناس كلهم يؤملون في المستقبل، وليس كل الناس يؤملون مكانًا معينًا، فلهذا كان الزمان مقصودًا دون المكان، ولذلك لم يُنبّه ﷺ عليه في الحديث، بل قال: «إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ»، ولم يقل إلى مكان معلوم.

وقال بعض الأئمة: إن كان موضع العقد لا يصح للتسليم بأن كانا في مفازة، لزم بيان موضع التسليم، إلا إذا وجدت عادة بين الناس تعين المكان، وإن لم يكونا عند العقد في مكان لا يصلح للتسليم فذكر مكان التسليم حسن، وإن لم يذكراه كان الإيفاء في مكان العقد أو قبض رأس المال لاستلزام السبب المسبّب.

وسبب هذا التفصيل أن من كان في مفازة ونحوها كالبحر لم يمكنه التسليم في مكان العقد، فإذا ترك ذكره عند العقد كان مجهولا يؤدي إلى النزاع فيما بعد، فإن لم يكونا في برية ونحوها اقتضى العقد التسليم في مكانه، فاكتفي بذلك عن ذكره، فإن ذكر مكان العقد للتسليم في هذه الحالة كان تأكيدا وكان حسنًا، فإن شرط الإيفاء في مكان سوى مكان العقد صح، لأنه عقد بيع، فصح شرط ذكر الإيفاء في غير مكانه كما يصح ذلك في بيوع الأعيان.

وقال بعضهم: إذا كان عند العقد في مكان يصلح للتسليم ولكن لحمله مؤنة وجب اشتراط مكان الإيفاء، وإلا فلا، لأنه إن كان لحمله مؤنة اختلف فيه الغرض، بخلاف ما لا مؤنة فيه.

ولعل القول الأول هو الراجح لقوة دليله، لأنه لو كان بيان موضع القبض شرطا لذكره الرسول ﷺ كما ذكر الكيل والوزن والأجل، وما ذكره المخالف من الاختلاف والتنازع عند التسليم يمكن تفاديه بالرجوع إلى العوائد المعروفة في ذلك عند الناس، وكون العاقدين في مكان لا يمكن التسليم فيه دون تحديد كيفية التسليم نادر، على أن العادة تحدد مكان التسليم في مثل تلك الأحوال.

رابعا: مسائل في السلم:

1 - إذا تعذر تسليم المسلم فيه عند المَحِلِّ إما لعجز المسلم إليه عن التسليم، أولغيبته، أو كان المسلم فيه مما له وقت معين يظهر فيه فانقطع، بأن كانت الثمار لم تحمل تلك السنة، فالمسلم (المشتري) بالخيار بين أن يصبر إلى أن يوجد فيطالب به، وبين أن يفسخ العقد ويرجع برأس ماله إن كان موجودا، أو بمثله إن كان مثليا، وإلا رجع بقيمته.

وهذا إن لم يأت الوقت الذي يوجد فيه المسلم فيه قبل اختيار الفسخ، فإن أتى وقته وظهر المسلم فيه فلا فسخ، وتعين أخذه.

ولكن التخيير بين الفسخ والبقاء إلى أن يوجد، ما لم يكن التأخير حتى انقطع بسبب المشتري، وإلا وجب البقاء إلى أن يوجد المسلم فيه، لأنه قد ظلم البائع بتفريطه في أخذ حقه، فتخييره في هذه الحالة زيادة ظلم للبائع.

2 - وإن قبض المشتري البعض من المسلم إليه وتعذر البعض الآخر، وجب عليه التأخير بالباقي توفية بالعقد إلى أن يوجد، ولا تخيير له، لأن السلم تعلق بذمة البائع فلا يبطل بانقضاء الأجل، كالدَّيْن، إلا أن يرضى البائع والمشتري بالمحاسبة، فإن كان المشتري قبض النصف مثلا رد له البائع نصف رأس مال السلم، فيجوز، سواء كان رأس المال مثليا أو مقومًا.

ومما تقدم يتبين أن تخيير المشتري بين الفسخ والبقاء مقيد بثلاثة قيود: أن لا يصبر إلى أن يوجد المسلم فيه، وأن لا يقبض البعض وإلا وجب التأخير، وأن لا يكون التأخير حتى انقطع بسببه.

3 - إذا أحضر المسلم إليه المسلم فيه على الصفة المشروطة بعد انقضاء الأجل ووصول المحل الذي إشترط التسليم فيه، أو محل العقد إذا لم يشترط، لزم المسلم (المشتري) قبوله، لأنه أتاه بحقه في محله، فلزمه قبوله كالبيع المعين، وسواء كان عليه الضرر أو لم يكن، فإن امتنع أمره الحاكم بالقبض، فإن أصر قبض الحاكم نيابة عن المشتري، وبرئت ذمة المسلم إليه بتسليمه للحاكم، لأنه يقوم مقام الممتنع بولايته.

غير أن وجوب القبول على المشتري بعد حلول الأجل وبلوغ محل القبض إذا أتاه المسلم إليه بجميع المسلم فيه، فإن أتاه ببعضه لم يلزمه قبوله، حيث كان المسلم إليه موسرا.

وإذا غاب المسلم عن موضع القبض ولا وكيل له حاضر، وأتى المسلم إليه للقاضي بالشيء المسلم فيه لزمه قبوله، لأنه وكيل الغائب.

وكما يلزم المشتري القبول بعد انقضاء الأجل وبلوغ المحل، فكذلك يلزم المسلم إليه بالدفع بعدهما إذا طلب إليه وكان موسرا.

4 - ولا يلزم الإتيان بالمسلم فيه قبل الأجل، ولكن لو أتى به قبله بلا جبر على صفته المشروطة في العقد جاز للمسلم قبوله، ولا يلزمه، لأن الأجل حق لكل منهما فلا يجبران قبله، فإن المشتري قد يكون له غرض في تأخير المسلم فيه، فقد يكون حيوانا لا يؤمن تلفه، أو يحتاج إلى الإنفاق عليه، وقد يكون مما يحتاج في حفظه إلى مؤنة كالحراسة، أو ربما يكون مما يحتاج إليه عند الأجل دون ما قبله، وقد يكون الوقت مخوفا يخشى فيه نهب ما يقبضه، فلا يلزمه القبض ما دام قد يكون عليه ضرر في قبضه ولم يأت أجل استحقاقه، فجرى مجرى نقص صفة فيه، وهذا ما لم يكن المسلم فيه عينًا أي نقدًا وإلا أجبر المسلم (المشتري) على قبوله قبل الأجل إن طلب المسلم إليه تسليمه قبله، لأن الأجل حينئذ حق لمن عليه الدين، إلا إذا حصل خوف على ما يقبضه قبل انقضاء الأجل كالخوف من نهبه، فلا يجبر على القبض ولو كان المسلم فيه نقدا.

وهذا كله إذا أتى به قبل الأجل على ما شرط في العقد قدرا وصفة، أما إن أتى بأزيد من المسلم فيه أو أجود منه قبل الأجل، أو أقل أو أدنى منه، لم يجز قبوله لأنه في حالة الإتيان بأزيد أو أجود، لزم منه «حط الضمان وأزيدك»، وفي حالة الإتيان بالأقل والأدنى لزم «ضع وتعجل»، وكلاهما ممنوع.

5 - ولا يلزم المسلم إليه تسليم المسلم فيه، كما لا يلزم المسلم قبوله لو دفعه له المسلم إليه في غير موضعه الذي اشترط القبض فيه، أو موضع العقد عند عدم الشرط، ولو خف حمل المقبوض كجوهر وثوب لطيف، إلا أن يرضيا بذلك فيجوز دفعه قبل بلوغ المحل، ولكن بشرطين:

أحدهما: حلول الأجل، فلا يجوز القبض في غير موضعه قبل حلول الأجل، وسبب اشتراط الحلول هو أن من عجل ما في الذمة عد مسلفًا، وقد ازداد الانتفاع بإسقاط الضمان عن نفسه إلى الأجل، وهو سلف جر نفعا، وأيضًا إن تسليم المسلم فيه في غير موضعه إذا كان طعامًا يلزم عليه بيع الطعام قبل قبضه، لأن ما عجله عوض عن الطعام الذي لم يجب عليه الآن وإنما يجب عليه إذا دخل الأجل.

وثاني الشرطين: أن لا يدفع المسلم إليه كراء للمسلم (المشتري) لحمل المسلم فيه إلى محل القبض، وإلا منع لما في دفع الكراء من الزيادة، لأن البلدان بمنزلة الآجال، ففيه «حط الضمان وأزيدك الكراء».

ومحل عدم لزوم القبول في غير محل القبض إن لم يكن المسلم فيه عينا أي نقدًا، وأما هي فالحق لهما معا، فيكون القول قول من طلب القضاء منهما ولو في غير محل القبض حيث حل الأجل، فيلزم صاحب الدين القبول إذا دفعه له من هو عليه، كما يلزم من هو عليه دفعه إذا طلبه صاحبه ولو في غير محل القضاء.

وأما إن لم يحل الأجل، فالحق لمن عليه العين وحده في المكان والزمان، فإذا طلب المدين تعجيل دفع العين قبل انقضاء الأجل، أو طلب دفعها في غير محل القضاء، فإن صاحب الدين يجبر على قبولها، إلا أن يتفق حصول خوف على المال المقبوض قبل الزمان أو المكان فلا يجبر عندئذ على قبولها إلا بعد الزمان أو المكان المشترط قبضها فيه، فلو أجبر على قبولها والحالة هذه وتلفت منه ضاعت على الدافع.

6 - ويجوز بعد الأجل وبلوغ محل القبض قبول أجود مما في ذمة المسلم إليه، لأنه أتى بما تناوله العقد وزيادة تابعة له، فتنفعه ولا تضره، إذ لا يفوته بتلك الزيادة غرض، فيكون حسن قضاء من المسلم إليه، ولكن لا يلزمه القبول، وقيل يلزمه القبول، واستظهر بعضهم التفصيل: وهو أن المسلم إليه إذا دفع الأجود على وجه التفضيل لا يلزم المسلم (صاحب الحق) قبوله، فقد يمتن عليه بدفع الأجود، فيثقل على من يمتنع من تَحَمُّلِ المنن،

فلا ينبغي إلزامه القبول، وأما إن دفع الأجود ليدفع عن نفسه مشقة تعويضه بمثل ما اشترط، لزمه قبوله، لأنه ينفعه ولا يضره.

ويجوز قبول ما هو أدنى بعد الأجل لأنه حسن اقتضاء، فهو من باب المعروف، ولكن لا يجب قبوله لقصوره عن الحق.

ولا يجوز أخذ ما هو أقل عددا أو كيلا مما في الذمة في الطعام والنقد لما فيه من بيع طعام بطعام من صنفه غير مماثل، أو نقد بنقد كذلك، لما في ذلك من تهمة الربا، فأخذ الأقل عن الأكثر ممنوع في الطعام مطلقًا، سواء اتفق الأقل المأخوذ مع ما في الذمة في الجودة والرداءة أو لم يتفق معه، بأن كان أجود أو أردأ منه.

ويستثنى من المنع ما إذا أخذ الأقل قدرا عن مثله صفة (في الجودة والرداءة)، وَبَرَّأَ المسلمُ المُسَلَمَ إِلَيهِ مما زاد، فإن ذلك يجوز، لأنه في هذه الحالة معروف لا مكايسة.

وقال بعضهم: إن التهمة في أخذ الأقل إنما تعتبر مع اختلاف الصفة، فمتى كان الأقل المأخوذ بصفة ما في الذمة جودة ورداءة جاز أخذه، سواء أبرأه مما زاد أم لا، والممنوع إذا كان الأقل المأخوذ بغير صفة ما في الذمة، بأن كان أجود أو أردأ منه لتهمة المكايسة.

وأما غير الطعام والنقد كالثياب والآلات ونحوها، فيجوز قبول الأقل فيها مطلقًا، سواء أبرأه مما زاد أو لم يبرئ، وكذلك المثلي إذا لم يكن طعامًا ولا نقدًا كالحديد والنحاس والقطن والجير والإسمنت ونحوها، وذلك كأخذ نصف قنطار من نحاس عن قنطار منه في ذمة المسلم إليه، حيث حل الأجل ولم يدخلا على ذلك في العقد.

7 - ويجوز الشراء من بائع دائم العمل حقيقة، وهو من لا يفترّ عنه غالبًا بأن كان من أهل حرفة ذلك الشيء الذي يشترى منه، بحيث يتيسر له تحصيله في أي وقت، كخباز ولبان وجزار وبقال، ويكون الشراء إما لجملة كقنطار بكذا يأخذها مفرقة على أوقات، ككل يوم رطل حتى تفرغ الجملة المعينة، وإما أن يعقد على أن يشتري منه كل يوم قدرا معينا كرطل بدينار.

وهو من باب البيع لا من السلم، فيجوز الشراء منه بنقد وبغير نقد، أي بثمن معجل ومؤجل، لأن البيع لا يشترط فيه تعجيل الثمن ولا تأجيل المثمن، فالشراء من دائم العمل مخالف للسلم في هذين الأمرين.

وجه كونه بيعًا أن البائع لما نصب نفسه للعمل الدائم نزل دوام عمله منزلة تعين المبيع، فكأن ما باعه شيء معين، والمسلم فيه لا يكون معينا بل في الذمة، فإن مات البائع وجب الفسخ في الصورة الثانية، وهي ما إذا اشترى منه كل يوم عددا معينًا، فالبيع فيها وإن كان جائزًا لكنه غير لازم لكونها غير محددة بوقت ينتهي إليه، فجاز لأحدهما الفسخ في أي وقت، بخلاف الصورة الأولى، وهي ما إذا اشترى لجملة يأخذها مفرقة على أيام، فلا تفسخ في حياته ولا في موته للزوم البيع فيها، ويشترط الشروع في أخذ الشيء الذي اشتراه في الصورتين فيما دون نصف شهر.

وأما إن كان البائع غير دائم العمل، بأن لم يكن من أهل حرفة ذلك الشيء الذي يبيعه دائما، بل كان انقطاعه أكثر من عمله، أو تساوى عمله وانقطاعه، فإنه يجوز الشراء منه، ويكون سلمًا لا بيعا، فيشترط فيه ما يشترط في السلم من تعجيل رأس المال وضرب الأجل، وكونه دينا في الذمة، كعقد على قنطار خبز يأخذه من الخباز بعد شهر، قدره وصفته كذا، ولا يُعَيِّنُ العامل والمعمول منه، فإن عينا أو أحدهما كان العقد فاسدًا، لكونه غررًا، كأن يعقد على قنطار خبز يأخذه من الخباز بعد شهر واشترط عمل رجل بعينه، فلا يحوز، لأنه لا يدري أيسلم ذلك الرجل إلى ذلك الأجل أم لا، فذلك غرر، وقيل: إن تعيين المعمول منه أو العامل لا يضر في السلم، وفيه يسر.

والحاصل أن دائم العمل الذي نصب نفسه على أن يؤخذ منه كل يوم مثلا ما نصب نفسه له من وزن وكيل أو عدد، كالخباز واللبان والجزار، يمكن فيه البيع، لأنه لما نصب نفسه للعمل الدائم نزل دوام عمله منزلة تعين المبيع، فكأن ما باعه معين، ولا يمكن فيه السلم، لأنهم لما نزلوا دوام العمل منزلة تعيين المبيع، لزم أن يكون المسلم فيه معينًا تنزيلا وإن لم يعين حقيقة، فلا يتأتى السلم عند دوام العمل، وكون المسلم فيه معينًا غير صحيح.

وأما من لم يكن دائم العمل، بأن كان انقطاعه أكثر من عمله، أو تساوى عمله وانقطاعه، فيمكن فيه السلم بشروطه من تعجيل رأس المال وضرب الأجل وعدم تعيين العامل والمعمول منه.

8 - ويجوز استصناع سيف أو درع، أو سرج من سرجي، أو ثوب من حياك، أو باب من نجار، على صفة معلومة بثمن معلوم، سواء كان الصانع دائم العمل أو لا، كأن يقول لإنسان: اصنع لي سيفا، أو سرجا، أو بابا، صفته كذا بدينار، وهو سلم، فيشترط

فيه شروطه، فلا بد من تعجيل رأس المال وضرب الأجل وعدم تعيين العامل والمعمول منه، ويفسد إن عين العامل أو المعمول منه، وأولى إن عينهما، كأن يقول: أنت الذي تصنعه بنفسك، أو يصنعه فلان بنفسه، أو تصنعه من هذا الحديد بعينه، أو من هذا الخشب بعينه، أو من هذا الغزل بعينه.

وعلة الفساد عند تعيين العامل دوران الثمن بين كونه ثمنًا وكونه سلفا، فهو غرر، لأنه لا يدرى أيسلم العامل المعين إلى ذلك الأجل أم لا.

وأما علة الفساد في تعيين المعمول منه، أن السلم لا يكون في شيء بعينه، بل في شيء في الذمة، هذا هو المشهور، وقيل: لا يضر تعيين العامل أوالمعمول منه .

9 - ولكن هذا المنع عند تعيين العامل أو المعمول منه، إذا لم يشتر المعمول منه من العامل، أما إذا اشترى منه حديدا أو غزلا أو خشبا معينا، واستأجره على أن يعمل له سيفا من ذلك الحديد، أو ثوبا من الغزل، أو بابا من الخشب الذي اشتراه منه، فإن ذلك جائز، سواء شرط تعجيل النقد أم لا، لأن هذا من باب اجتماع البيع والإجارة في الشيء الواحد، وهو جائز، كان العامل معينًا أم لا، بشرط أن يشرع في العمل فيما دون نصف شهر، وإلا منع لما فيه من بيع معين يتأخر قبضه.

10 - ومن وجد صانعا شرع في صنع درع أو طشت أو حلة أو أواني الطبخ ونحو ذلك، فاشتراه منه جزافا بثمن معلوم على أن يكمله له، جاز، ودخل في ضمان المشتري بالعقد، فلا يضمنه البائع إلا ضمان الصناع، فإن كان التلف منه أو ادعى هلاكه ولم تقم بينة بذلك، والحال أنه مما يغاب عليه، (مما يمكن إخفاؤه) وجب عليه الضمان، لأن هذه الحالات هي التي يضمن فيها الصانع، وإن لم يكن كذلك فلا ضمان عليه.

هذا إذا اشتراه جزافًا، فإن اشتراه على الوزن، بأن قال له كمله على صفة كذا، وأنا أشتريه منك كل رطل بكذا، لم يدخل في ضمان مشتريه إلا بالقبض، لأن الموزون مما فيه حق توفية لمشتريه، وما فيه حق توفية فضمانه على البائع، فلا ينتقل إلى ضمان المشتري حتى يقبضه بالوزن، أو الكيل إن كان مكيلا، أو العد إن كان معدودا، ولكن محل جواز هذا العقد بشرطين هما:

أ – أن يشرع بائعه في التكميل بالفعل أو بعد أيام قلائل، وإلا امتنع، لما فيه من بيع معين يتأخر قبضه.

ب - وأن يكون المصنوع منه إذا لم يأت على الصفة المطلوبة أو المعتادة يمكن كسره وإعادته وتكميله بما عنده من جنسه، لأن المعدن كالحديد والنحاس إن خرج على خلاف الصفة المشترطة أو المعتادة يمكن إعادته، بخلاف ما لا يمكن إعادة صنعه كالثوب، فلا يجوز شراء ثوب قد نسج بعضه ليكمله له صاحبه على صفة معينة، لأن الثوب إذا لم يأت على الصفة المطلوبة لا يمكن عوده إليها إلا أن يكثر الغزل من جنسه عند العامل، فإنه يجوز شراء الثوب على أن يكمله له، لأنه لو خرج على خلاف الصفة المشترطة عمل من ذلك الغزل بدله على الصفة المطلوبة.

11 - وجاز قضاء المسلم فيه بغير جنسه ولكن بشروط:

- الأول: أن يعجل المأخوذ ليسلم من فسخ الدَّيْن بالدَّيْن، لأن المسلم فيه دَيْن في الذمة، فإذا تأخر ما يدفع بدله صار فسخ دَيْن بدَيْن وهو ممنوع.

- الثاني: أن يكون المسلم فيه مما يجوز بيعه قبل قبضه، كما لو أسلم ثوبًا في حيوان فأخذ عنه دراهم، إذ يجوز بيع الحيوان قبل قبضه.

فلو كان المسلم فيه طعامًا، فلا يجوز قضاء غيره عنه من نقد أو عرض أو طعام من غير جنسه، لما في ذلك من بيع الطعام قبل قبضه، وهو ممنوع أيضًا.

- الثالث: أن يكون رأس المال مما يصح أن يسلم في المأخوذ، كما لو أسلم دراهم في ثوب أخذ بدله أواني نحاسية، فيصح، لأن سلم الدراهم في النحاس جائز، فلا يصح القضاء بذهب عن ثوب مسلم فيه كان رأس ماله دارهم، لأنه يؤول إلى سلم دراهم في ذهب، وهو صرف مؤخر غير جائز.

وكذا لا يصح القضاء بطعام يدفعه عن ثوب مسلم فيه ورأس المال طعام، لأنه يؤول إلى بيع طعام بطعام نسيئة، وهو غير جائز.

- الرابع: أن يكون البدل المأخوذ مما يجوز بيعه بالمسلم فيه مناجزة - يدا بيد - كما لو أسلم دراهم في ثياب أخذ بدلها أواني منزلية فيصح، إذ يجوز بيع الأواني المنزلية بالثياب.

فلو أسلم دراهم أو عرضا في حيوان، فلا يجوز أن يأخذ بدله لحما من جنسه، أو أسلم ما ذكر في لحم فلا يجوز أن يأخذ بدله حيوانًا من جنس اللحم المسلم فيه، لأنه لا يجوز بيع اللحم بالحيوان من جنسه مناجزة.

12 - وإذا أسلم في شيء كثوب وحل أجله، جاز للمسلم الزيادة على رأس المال ليزيده المسلم إليه في المسلم فيه كالثوب، بأن يدفع له ثوبًا أطول مما وقع عليه العقد، أو أعرض، أو أصفق، سواء كان من صنف ما أسلم فيه أم لا، ولكن بشرطين:

- تعيين الثوب الذي يدفع مشتملا على تلك الزيادة قبل التفرق، لأنه إذا لم يعين كان في الذمة، فيؤدي إلى السلم الحال وهو ممنوع.

- وأن يعجل الثوب المأخوذ المشتمل على الزيادة، وإن لم يعجل امتنع، لأنه:

إما بيع وسلف، لأن هذه الزيادة في الطول أو العرض مبيعة بالدراهم التي زادها، فإذا أخر دفعه ولم يعجل كان سلفًا، لأن تأخير ما حل سلف، والبيع والسلف لا يجتمعان، وهذا إن كان الثوب الذي يدفعه المسلم إليه من صنف المسلم فيه.

وإما أنه فسخ دَيْن في دَيْن، وهذه إذا كان الثوب الزائد من غير صنف المسلم فيه، كأن يدفع له ثوبًا أطول من غير صنف المسلم فيه، ذلك أن الثوب المبسلم فيه دَيْنٌ، فإذا لم يعجل الثوب الأطول أو الأعرض الذي يأخذ من غير صنف الأول لزم أن يكون دَيْنًا، فيكون فسخ دَيْن بدَيْن وهو ممنوع.

13 - ويجوز للمسلم أيضًا أن يدفع للمسلم إليه قبل الأجل زيادة على رأس المال ليزيده في المسلم فيه، لكن بشروط خمسة:

- أحدها: أن يُعجل تلك الدراهم المزيدة، لأنه سلم، ورأس مال السلم يجب تعجيله.

- الثاني: أن تكون الزيادة التي يزيدها المسلم إليه في الطول فقط، لا في العرض والصفاقة، لئلا يلزم عليه فسخ الدين في الدين، لأنه أخرجه عن الصفقة الأولى إلى غيرها إذا كانت الزيادة في العرض، والصفاقة بخلاف زيادة الطول، فإنها لم تخرجه عن الصفقة الأولى، وإنما تلك الزيادة صفقة ثانية، لأن الأذرع المشترطة أولا قد بقيت على حالها، والذي زادوه صفقة أخرى.

- والثالث: أن يبقى من الأجل الأول حين العقد على الزيادة مقدار أجل السلم فأكثر، وأجل السلم نصف شهر، لأن العقد الثاني سلم حقيقي، فلا بد من الأجل لئلا يكون سلمًا حالا.

- الرابع: أن لا يتأخر الأول عن أجله، أي أنه بمجرد فراغ الأجل الأول يدفع له الثوب الأول بما فيه من الزيادة.

فلو أخر دفعه عن أجله كان سلفا، لأن من أجل ما حل عد مسلفا، وتلك الزيادة صفقة ثانية، فهي بيع، فإذا أخر الدفع عن أجله لزم اجتماع البيع والسلف وهو ممنوع.

- الخامس: أن لا يشترط في أصل العقد أنه سيزيده بعد مدة ليزيده طولا، وإلا فسد العقد من البداية، لأن من شروط صحته دفع جميع رأس المال، فإذا أخر بشرط كان باطلا.

الفصل التاسع

البيوع المنهي عنها

أولا الربا[1]:

الربا في اللغة: الزيادة، يقال: ربا ربوًا ورباءً إذا زاد ونما، قال تعالى: ﴿فَإِذَا أَنزَلْنَا عَلَيْهَا الْمَاءَ اهْتَزَّتْ وَرَبَتْ﴾[2]، ويقال أيضًا أربيته، إذا نماه، ويقال فلان أربى من فلان إذا زاد عليه، وفي التنزيل أيضًا: ﴿أَن تَكُونَ أُمَّةٌ هِيَ أَرْبَىٰ مِنْ أُمَّةٍ﴾[3]، أي أكثر عددا.

وهو في الشرع: زيادة لم يقابلها عوض في معاوضة مال بمال – وفيه مسائل:

المسألة الأولى: في أقسامه، وحكم كل قسم:

الربا قسمان: ربا النسيئة أي التأخير، وربا الفضل أي الزيادة.

القسم الأول: ربا النسيئة:

فهو الذي كانت تعرفه العرب في الجاهلية وتفعله غالبًا، فقد كان قرض الدارهم والدنانير إلى أجل بزيادة على مقدار ما استقرض على حسب ما يقرضون عليه، أو يقرضون بغير زيادة على ما اقترضه، فإذا حل الأجل قال له: إما أن تقضي وإما أن تربي، أي أزيدك في الأجل وتزيدني في المال، فكلما أخر الدائنُ زاد في المال حتى تصير المائة آلافا مؤلفة، وفي الغالب لا يفعل ذلك إلا معدم محتاج، فإذا رأى المستحقَّ يؤخر مطالبته ويصبر عليه مقابل زيادة يبذلها له، التزم بتلك الزيادة وتكلف بَذْلَهَا ليفتدي من أسر المطالبة والحبس، ويدافع من وقت إلى وقت، فيشتد ضرره وتعظم مصيبته، ويعلوه

---

(1) من مراجع هذا المبحث:

الفروق للقرافي، (الفرق الثامن والثمانون بعد المائة) جـ 3 ص 248، (والفرق التسعون والحادي والتسعون بعد المائة) جـ 3 ص 253 -261، والشرح الكبير، جـ 3 ص 47 - 54، وبداية المجتهد جـ 2 ص 96 - 104، ومواهب الجليل جـ 4 ص 345 - 361، و المغني لابن قدامة جـ 4 ص 122 - 163، والمجموع للنووي، المجلد السابع، والربا في القانون الإسلامي للأستاذ الدكتور محمد عبد الله دراز، وأعلام الموقعين – ابن القيم جـ 1 ص 203.

(2) سورة الحج، الآية 5.

(3) سورة النحل، الآية 92.

الدَّيْن حتى يستغرق جميع ما هو موجود عنده، فيربو المال على المحتاج من غير نفع يحصل له، ويزيد مال المرابي من غير نفع يحصل منه لأخيه، فيأكل مال أخيه بالباطل، ويحصل أخوه على غاية الضرر.

فمن رحمة أرحم الراحمين وحكمته وإحسانه إلى خلقه أن حرم الربا، ولعن آكله ومؤكله وكاتبه وشاهديه، وآذن من لم يدعه بحرب الله وحرب رسوله، ولم يجئ مثل هذا الوعيد في كبيرة غيره، وهذا النوع متفق على حرمته من سلف الأمة وخلفها، دال على حرمته الكتاب والسنة والإجماع:

قال تعالى: **﴿ يَا أَيُّهَا الذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِنْ كُنتُم مُّومِنِينَ فَإِن لَّم تَفْعَلُوا فَاذَنُوا بِحَرْبٍ مِّنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ﴾**[1].

وقد جاءت أحاديث كثيرة في ذم الربا والمرابين، قال جابر بن عبد الله: «لَعَنَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ آكِلَ الرِّبَا وَمُوَكِّلَهُ وَكَاتِبَهُ وَشَاهِدَيْهِ، وقال: هُمْ سَوَاءٌ»، رواه مسلم، بل عده الرسول ﷺ من أكبر الكبائر، قال ﷺ: «اجْتَنِبُوا السَّبْعَ المُوبِقَاتِ»، قالوا: يا رسول الله، وما هي؟ قال: «الشِّرْكُ بِاللَّهِ، والسِّحْرُ، وَقَتْلُ النَّفْسِ التِّي حَرَّمَ اللَّهُ إلاَّ بِالحَقِّ، وَأَكْلُ الرِّبَا، وأَكْلُ مَالِ اليَتِيمِ، وَالتوَلِّي يَوْمَ الزَّحْفِ، وَقَذْفُ المُحْصَنَاتِ المُؤْمِنَاتِ الغَافِلاَتِ»، متفق عليه.

وأجمعت الأمة سلفا وخلفًا على حرمة هذا النوع من الربا، وهو الربا الجلي، كما سماه بذلك ابن القيم، لأنه الذي كانوا يضاعفونه على الفقير الذي لا يجد وفاء له بتوالي الأيام والسنين، فهو مُخَرِّبُ البيوت، ومزيل الرحمة من القلوب، ومُوَلِّدُ العداوة بين الأغنياء والفقراء، إنه الربا الذي لا يشك فيه، المحرم بنص القرآن، إنه ربا النسيئة، وما معنى حصر النبي ﷺ الربا في هذا النوع، إذ قال: «أَلاَ إِنَّمَا الرِّبَا فِي النَّسِيئَةِ»؟ ما معنى هذا الحصر إلا بيان ما أراد الله تعالى من الربا الذي توعد عليه بأشد الوعيد الذي توعد به على الكفر.

فهل يسمح لعاقل عقله أن يقول: إن تحريم هذا النوع من الربا ضار بالناس، أو عائق لهم عن إنماء ثروتهم؟ وسيأتي الرد على هذا الزعم عند مناقشة المبررات التي يستند إليها

(1) سورة البقرة، الآيتان 278 و279.

محللو الربا، ولكنا نقول هنا: إذا كانت الثروة لا تنمو إلا بتخريب بيوت المعوزين لإرضاء نهمة الطامعين، فلا كان بشر يستحسن إنماء هذه الثروة.

القسم الثاني: ربا الفضل:

فهو بيع الشيء بمثله متفاضلا، كأن يباع الدرهم بدرهمين، أو الدينار بدينارين، أو الصاع من البُرّ مثلاً أو الشعير بصاعين، أو الرطل من العسل مثلا برطلين منه، فجمهور العلماء سلفًا وخلفًا على أن بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح؛ لا يجوز إلا مثلا بمثل يدا بيد، فلا يجوز في صنف واحد منها التفاضل ولا النساء، وهذه هي الأصناف الستة التي ورد بها الخبر.

وروي عن بعض الصحابة كابن عباس وابن عمر وزيد بن أرقم، وتابعهم بعض التابعين كسعيد بن المسيب وعروة بن الزبير أنهم أجازوا بيع ما ذكر متفاضلا إذا كان يدا بيد، فمنعوه نسيئة فقط، تمسكا بظاهر ما روى ابن عباس عن أسامة بن زيد عن النبي ﷺ أنه قال: «الرِّبَا فِي النَّسِيئَةِ»، وفي رواية: «أَلاَ إِنَّمَا الرِّبَا فِي النَّسِيئَةِ»، وهذا حديث صحيح رواه مسلم، ظاهره حصر الربا المحرم في النسيئة، فلا يحرم ربا الفضل.

وأما جمهور العلماء فتمسكوا بالأحاديث الكثيرة الواردة في تحريم ربا الفضل، منها:

1 - حديث عبادة بن الصامت قال: قال رسول الله ﷺ: «الذَّهَبُ بِالذَّهَبِ، وَالفِضَّةُ بِالفِضَّةِ، وَالبُرُّ بِالبُرِّ، وَالشَّعِيرُ بِالشَّعِيرِ، وَالتَّمْرُ بِالتَّمْرِ، والمِلْحُ بِالمِلْحِ، مِثْلاً بِمِثْلٍ، سَوَاءً بِسَوَاءٍ، يَدًا بِيَدٍ، فَإِذَا اخْتَلَفَتْ هَذِهِ الأَصْنَافُ فَبِيعُوا كَيْفَ شِئْتُمْ إِذَا كَانَ يَدًا بِيَدٍ» متفق عليه.

2 - حديث عمر رضي الله عنه قال: قال النبي ﷺ: «الذَّهَبُ بِالذَّهَبِ رِبًا إِلاَّ هَاءَ وَهَاءَ، وَالتَّمْرُ بِالتَّمْرِ رِبًا إِلاَّ هَاءَ وَهَاءَ، وَالشَّعِيرُ بِالشَّعِيرِ رِبًا إِلاَّ هَاءَ وَهَاءَ»، رواه الشيخان.

3 - حديث أبي سعيد الخدري أن رسول الله ﷺ قال: «لاَ تَبِيعُوا الذَّهَبَ بِالذَّهَبِ إِلاَّ مِثْلاً بِمِثْلٍ، وَلاَ تُشِفُّوا بَعْضَهَا عَلَى بَعْضٍ، وَلاَ تَبِيعُوا الوَرِقَ بِالوَرِقَ إِلاَّ مِثْلاً بِمِثْلٍ، وَلاَ تُشِفُّوا بَعْضَهَا عَلَى بَعْضٍ، وَلاَ تَبِيعُوا مِنْهَا غَائِبًا بِنَاجِزٍ»، متفق عليه، ورواه مالك أيضًا.

فتضمن حديث عبادة منع التفاضل في الصنف الواحد، وإباحته في الصنفين، ومنع النّساء في الصنفين، وتضمن حديث عمر منع النسيئة في صنف واحد من هذه الأصناف، وتضمن حديث أبي سعيد منع التفاضل في الصنف الواحد من النقدين،

ومنع النسيئة مطلقًا، أي في الصنف الواحد منهما وفي الصنفين؛ والأحاديث في هذا الباب كثيرة، بل اعتبره بعضهم متواترًا.

ولم يأخذ الجمهور بحديث ابن عباس الذي رواه عن أسامة بن زيد لوجهين:

* الوجه الأول: أنه ليس بنص في كون الربا محصورا في النسيئة، لأنه روي فيه لفظان: أحدهما، أنه قال: «إِنَّمَا الرِّبَا فِي النَّسِيئَةِ»، وهذا لا يفهم منه إجازة التفاضل إلا من باب دليل الخطاب (مفهوم المخالفة)، وهو ضعيف، ولا سيما إذا عارضه النص، واللفظ الثاني، أنه قال: «لاَ رِبَا إلا فِي النَّسِيئَةِ»، وهذا وإن اقتضى ظاهره أن ما عدا النسيئة فليس بربا، لكنه يحتمل أن يريد بقوله: «لاَ رِبَا إِلاَّ فِي النَّسِيئَةِ» من جهة أنه الواقع في الأكثر، أو أن المراد به حصر الكمال، أي إنما الربا الكامل في النسيئة، لأنه الذي حرم لذاته لعظم ضرره وآثاره السيئة، وربا الفضل إنما حرم سدًّا للذريعة، لأنه قد يؤدي إلى ربا النساء الذي هو حقيقة الربا، فالحديث الدال على حصر الربا في النسيئة مُحْتَمَلٌ، والأحاديث الدالة على وجوب تماثل العوضين ومنع التفاضل إذا كانا من جنس واحد نصوص صريحة؛ ومن المعلوم أن النص الصريح إذا عارضه المحتمل وجب تأويل المحتمل على الجهة التي يصح الجمع بينهما.

ووجه كون تحريم ربا الفضل سدًّا لذريعة ربا النساء هو أنه إذا منعهم من زيادة أحد العوضين على الآخر إذا كانا من جنس واحد مع الحلول (عدم التأجيل)، حيث تكون الزيادة في مقابلة جودة أو صفة أو نحوهما، فإن منعهم من الزيادة حيث لا مقابل لها إلا مجرد الأجل أولى، فهذه هي حكمة تحريم ربا الفضل، وقد ذكر الشارع هذه الحكمة باشتراط التماثل وحرمة التفاضل، إذ قال في تعليل تحريمه: «فَإِنِّي أَخَافُ عَلَيْكُمُ الرِّمَا»، كما جاء في بعض طرق حديث ربا الفضل؛ والرما: هو الربا.

فتحريم الربا نوعان: نوع حرم لما فيه من المفسدة، وهو ربا النسيئة، ونوع حرم تحريم الوسائل وسد الذرائع، فظهرت حكمة الشارع الحكيم وكمال شريعته في تحريم النوعين، وليس الأمر في تحريم ربا الفضل تعبدًا محضًا لا يعقل معناه، كما زعم بعضهم، إذ قال: لا يتبين حكمة تحريم الفضل، وهذا غفلة من قائله، لأن الفعل المباح إذا أفضى إلى مفسدة راجحة منع منه، ومنعه لكونه وسيلة: حكمة باهرة، وكون المنع من ربا الفضل سدًّا لذريعة ربا النسيئة ظاهر غير خفي، لو لم يأت من الشارع إشارة إلى ذلك، كيف

وقد جاء على لسانه تعليله بذلك بقوله: «فَإِنِّي أَخَافُ عَلَيْكُمُ الرِّمَا»؛ فلا معنى لدعوى أن ربا الفضل تعبدي.

والخلاصة أن ما يقتضيه ظاهر قوله: «لاَ رِبَا إلاَّ فِي النَّسِيئَةِ»، ليس المراد من حصر الربا فيه إلا حصر الكمال، أو لأنه الواقع في الأكثر، أو لأنه المحرم لذاته، فلا ينافي ذلك تحريم التفاضل مع الحلول في الجنس الواحد.

* الوجه الثاني: أنه وإن سلم أن الحديث «لاَ رِبَا إِلاَّ فِي النَّسِيئَةِ» نص عام في أفراد الربا، وأن ما عدا النسيئة ليس بربا، لكنه قول بالموجب - بكسر الجيم - أي السبب، لما روي أنه عليه الصلاة والسلام سئل عن مبادلة الذهب بالفضة والقمح بالشعير، فقال: «إِنَّمَا الرِّبَا فِي النَّسِيئَةِ» فسمع الراوي الجواب دون السؤال.

على أنه لو لم يثبت هذا فالقاعدة في أصول الفقه أن العام في الأشخاص مطلق في الأزمنة والأحوال والبقاع والمتعلقات، فهذا عام في أفراد الربا مطلق فيما يقع فيه، فيحمل على اختلاف الجنس، فإن الذي يحرم حينئذ هو النسيئة، ويباح التفاضل كبيع القمح بالشعير متفاضلا بشرط التقابض في المجلس، وبيع الذهب بالفضة متفاضلا كذلك؛ ومعلوم أن المطلق إذا عمل به في الصورة سقط الاستدلال به فيما عداها.

على أنه قد ثبت أن ابن عباس وابن عمر رجعا عن قولهما بجواز ربا الفضل، فقد روى مسلم في صحيحه عن أبي نضرة قال: سألت ابن عمر وابن عباس عن الصرف، أي بيع الجنس بمثله متفاضلا، كدينار بدينارين فلم يريا به بأسًا، فسألت أبا سعيد عن الصرف، فقال: ما زاد فهو ربا، فأنكرت ذلك عليه لقولهما (ابن عمر وابن عباس)، فقال: لا أحدثك إلا ما سمعت من رسول الله ﷺ؛ جاءه صاحب نخلة بصاع من تمر طيب، وكان تمر النبي ﷺ هذا اللون، فقال له النبي ﷺ: «أَنَّى لَكَ هَذَا؟» قال: انطلقت بصاعين فاشتريت به هذا الصاع، فإن سعر هذا في السوق كذا، وسعر هذا كذا، فقال له رسول الله ﷺ: «أَرَبَيْتَ، إِذَا أَرَدْتَ ذَلِكَ فَبِعْ تَمْرَكَ بِسِلْعَةٍ، ثُمَّ اشْتَرِ بِسِلْعَتِكَ أَيَّ تَمْرٍ شِئْتَ»، قال أبو سعيد: فالتمر بالتمر أحق أن يكون ربا، أم الفضة بالفضة؟ فأتيت ابن عمر (والكلام لأبي نضرة) بعد ذلك، فنهاني ولم آت ابن عباس، فحدثني أبو الصهباء أنه سأل ابن عباس عنه بمكة فكرهه، أي فحرمه؛ والسلف الصالح كثيرًا ما يطلقون كلمة الكراهة ويقصدون بها الحرمة.

فابن عباس وابن عمر لم يذهبا إلى جواز بيع الجنس الواحد مع التفاضل استنادًا إلى سماع من رسول الله ﷺ أو عن نص وجداه في كتاب الله، وإنما كان هذا منهما اجتهادا في فهم الحديث الذي رواه أسامة بن زيد: «إِنَّمَا الرِّبَا فِي النَّسِيئَةِ»، فلما ثبت عندهما الخبر عن النبي ﷺ مستفيضًا بتحريم الأصناف الستة نسيئة أو متفاضلين عند اتحاد الجنس رجعا عن قولهما.

غير أنه ينبغي التمييز بين الربا القطعي المتوعد عليه في القرآن بالخلود في النار، وبين غيره مما اختلف فيه أو كان وعيده دون وعيده، لأن ضرره دون ضرره، ذلك أن المراد بالربا الثابت تحريمه بنص القرآن هو ما كان معروفًا في الجاهلية من ربا النسيئة، أي ما يؤخذ من المال لأجل الإنساء، أي التأخير في أجل الدين كما تقدم، وقد حرمه الله وشدد النكير فيه، لأنه أشد ضررًا وأعظم جرما وأشنع وصفا وأكثر فشوًّا.

أما ربا الفضل، فإنما حرمه الله لسد الذريعة لا لذاته كما تقدم، وقد وقع الخلاف فيه بين الصحابة والتابعين، وإن ثبت رجوع ابن عمر عن إجازته، ورجوع ابن عباس مختلف فيه، فلو كان ربا الفضل كربا النسيئة لم يقع هذا الخلاف.

نقول هذا، لأن التفرقة بين ما ثبت بنص القرآن من الربا وهو ربا الجاهلية، وما ثبت بروايات الآحاد وأقيسة الفقهاء ضرورية، فإن من جحد ما جاء في القرآن يحكم بكفره، ومن يجحد غيره ينظر في عذره، فما من إمام مجتهد إلا وقد قال أقوالا مخالفة لبعض الأحاديث الصحيحة لأسباب يعذر بها، وتبعه الناس على ذلك، ولا يعد ذلك أحد عليهم خروجًا من الدين.

ولما فشا أكل الربا بين المسلمين مع ذلك الوعيد الذي نطق به القرآن، اعتقد أكثر الناس أن لفظ الربا فيه يتناول جميع ما قال فقهاء المذاهب أنه منه، حتى بعض العقود التي يعدها الفقهاء فاسدة لوجود شبهة الربا؛ فالناس في أشد الحاجة إلى التمييز بين القطعي من الربا المتوعد عليه في القرآن، وبين غيره مما اختلف فيه.

المسألة الثانية: في أي شيء يكون الربا؟

اتفق الفقهاء قاطبة على تحريم الربا بنوعيه (ربا الفضل وربا النسيئة) في الأصناف الستة التي ورد بها الخبر عن النبي ﷺ، وهي التي ذكرت في حديث عبادة بن

الصامت وغيره من الصحابة، ولكنهم اختلفوا فيما عدا هذه الستة المنصوص عليها، أيتعدى الحكم إليها أم لا؟

* فذهب نفاة القياس وهم الظاهرية، إلى أن النساء ممتنع في هذه الأصناف الستة فقط، سواء اتفقت الأصناف أو اختلفت، كما يمتنع التفاضل في صنف واحد من هذه الأصناف فقط؛ أما ما عدا هذه الأصناف الستة فلا يمتنع التفاضل في صنف واحد، فيجوز بيع الأرز بالأرز متفاضلا، والذرة بالذرة كذلك، كما يجوز بيع ما عدا هذه الستة نسيئة مطلقا بجنسه أو بغير جنسه؛ وحجة هؤلاء:

أولا: إن النهي المتعلق بأعيان هذه الستة من باب الخاص أريد به الخاص، فلا يتعداها الحكم.

ثانيا: إن الشارع خص من المكيلات والمطعومات والأقوات أشياء أربعة، فلو كان الحكم ثابتًا في جميع المكيلات أو في كل المطعومات لقال: لا تبيعوا المكيل بالمكيل متفاضلا، أو قال: لا تبيعوا الطعام بالطعام متفاضلا، فإن هذا الكلام يكون أشد اختصارا وأكثر فائدة؛ فلما لم يقل ذلك بل عد الأربعة، علمنا أن حكم الحرمة مقصور عليها فقط لا يتعداها.

* وذهب جمهور فقهاء الأمصار إلى أن هذه المسميات الستة أصول في تحريم ربا الفضل والنسيئة لفروع لاحقة بها؛ فالنهي المتعلق بأعيان هذه الستة من باب الخاص أريد به العام، غير أنهم يختلفون في المعنى العام الذي وقع التنبيه عليه بهذه الأصناف، أي في مفهوم علة منع التفاضل والنساء فيها، وإليك أهم المذاهب في ذلك.

المذهب الأول: ذهب مالك إلى أن علة منع التفاضل في الذهب والفضة هي كونهما رؤوسًا للأثمان وقيما للمتلفات مع اتحاد الصنف؛ وهذه العلة هي التي تعرف عند الفقهاء بالعلة القاصرة، لأنها ليست موجودة في غير الذهب والفضة، فلا يتعدى منع التفاضل إلى غيرهما من الموزونات لعدم المشاركة في العلة.

وأما العلة في منع التفاضل في الأصول الأربعة الباقية: البر، والشعير، والتمر، والملح، فقد اختلف النقل فيها عن مالك وأصحابه.

- فقيل: العلة هي الاقتيات مع الادخار؛ وهذا منقول عن مالك، فلا يجري الربا في الفواكه اليابسة كالجوز واللوز، لأنها لا تقتات، ولا في البيض لأنه لا يدخر.

- وقيل: العلة الأكل والادخار مع اتحاد الجنس، وهو قول مالك في الموطأ؛ فيجري الربا في الفواكه اليابسة لأنها تدخر؛ وفيما يقل ادخاره كالخوخ والرمان خلاف، فأجاز مالك التفاضل فيه نظرًا لعدم ادخاره غالبًا؛ ومن أصحابه من أجرى فيه نظرًا لكونه من جنس ما يدخر في الجملة .

- وقيل: العلة كونه مقتاتا، فيمتنع الربا في الملح والبيض دون الفواكه اليابسة، لأنها لا تقتات، وعلى هذه المذاهب الثلاثة؛ فلا يجري منع التفاضل في الفواكه الرطبة كالتفاح والرمان والكمثرى والخوخ وغيرها، فيجوز بيعها بجنسها مع التفاضل إذا كان يدا بيد، وهذا لا خلاف فيه، وإنما الخلاف في الفواكه اليابسة.

- وقيل: العلة الاقتيات والادخار، مع كونه غالب العيش.

- وقيل: العلة المالية، وهي حياطة الأموال.

فهذه خمسة أقوال في مذهب مالك وأصحابه؛ والمعول عليه منها هو القول الأول، أي أن علة منع التفاضل في الأصول الأربعة هي مجموع الاقتيات والادخار، فيمنع الربا في كل مقتات مدخر، فلا يباع قمح بقمح ولا أرز بأرز مع الزيادة، والأول منصوص عليه، والثاني قياس لوجود العلة فيه.

المذهب الثاني للشافعي، قال: إن العلة في منع التفاضل في الذهب والفضة كونهما رؤوس الأثمان وقيما للمتلفات مع اتحاد الصنف - وهو في هذا يوافق مالكًا - فلا يباع ذهب بذهب ولا فضة بفضة مع الزيادة؛ والعلة في الذهب والفضة قاصرة، فلا يتعدى الربا إلى غيرهما لعدم المشاركة.

أما العلة في الأربعة الباقية فهي كونها طعامًا للآدمي مع اتحاد الجنس، فيتعدى الربا إلى كل مطعوم، فيمنع التفاضل فيما كان قوتًا أو إداما أو فاكهة أو دواء للآدميين دون ما تأكله البهائم، فإن أكله الآدميّون وغيرهم روعي الأغلب، فإن لم يكن طعاما للآدميين، كالورد والرياحين ونوى التمر لم يدخله الربا.

وحجة الشافعي في إثبات أصله أن الشرع قد شرط لجواز البيع في هذه الأموال شرطين زائدين هما: المساواة، واليد باليد؛ فعرفنا أن الموجب لزيادة هذين الشرطين معنى في المحل ينبئ عن زيادة خطره، ولا يوجد معنى أكبر خطرا من الثمنية في الذهب والفضة، إذ بالثمنية حياة الأموال؛ كما لا يوجد معنى أكبر خطرًا من الطعم في الأشياء

الأربعة الأخرى، إذ بالطعم حياة النفوس؛ أما التعليل بالقدر كما يقول الحنفية فإنه لا ينبئ عن زيادة خطر في المحل، فالجصّ يكال مع أنه شيء هين لا تتعلق به حياة نفس ولا مال.

وَبِجَعْلِ العلة هي الثمنية والطعم يظهر السر في أن الشارع ذكر هذه الأشياء الستة، فهو قد ذكر جميع الأثمان وهي الذهب والفضة؛ ولما كان يشق ذكر جميع المطعومات، فقد نص من كل نوع على أعلاه، فذكر الحنطة وهي أنفس مطعومات بني آدم، والشعير وهو أنفس علف الحيوان، والتمر وهو أنفس الفواكه، والملح وهو أنفس التوابل؛ أما إذا جعلت العلة هي القدر كما يقول الحنفية تمحض ذكر هذه الأشياء تكرارا، لأن صفة القدر لا تختلف في شيء منها، فكلها مكيلة، وحمل كلام الشارع على ما يفيد أولى؛ واحتج أيضًا بقوله ﷺ: «الطَّعَامُ بِالطَّعَامِ مِثْلاً بِمِثْلٍ»، حيث رتب منع التفاضل على الطعم.

المذهب الثالث للشافعي أيضًا في قوله القديم، ورواية عن أحمد، أن العلة في الذهب والفضة الثمنية، وفيما عداهما كونه مطعوم جنس مكيلا أو موزونًا من الطعام والشراب، فلا يجري الربا في مطعوم لا يكال ولا يوزن، ولا فيما ليس بمطعوم كالزغفران والأشنان والحديد، لأن الكيل والوزن والطعم أوصاف مشتركة بين الأشياء الواردة في الحديث، ولكل واحد من هذه الأوصاف أثر في الحكم مقرون بجميعها في المنصوص عليه، فلا يجوز إلغاؤه، والطعم بمجرده لا تتحقق المماثلة به لعدم المعيار الشرعي، وإنما تجب المماثلة في المعيار الشرعي وهو الكيل والوزن، ولهذا وجبت المساواة في المكيل كيلاً وفي الموزون وزنًا، فوجب أن يكون الطعم معتبرًا في المكيل والموزون دون غيرهما، والأحاديث الواردة في هذا الباب يجب الجمع بينها، وتقييد كل واحد منها بالآخر، فنهي النبي عليه الصلاة والسلام عن بيع الطعام بالطعام إلا مثلا بمثل يتقيد بما فيه معيار شرعي وهو الكيل والوزن، ونهيه عن بيع الصاع بالصاعين يتقيد بالمطعوم المنهي التفاضل فيه.

المذهب الرابع لأبي حنيفة، وأشهر الروايات عن أحمد: العلة القدر والجنسية؛ أي أن يكون المال مما يوزن كالذهب أو يكال كالحنطة، وهذا هو القدر، أي معرفة القدر عن طريق الوزن أو الكيل، واتحاد الجنس في المالين المتبادلين؛ فيجري الربا في كل مكيل أو موزون بجنسه مطعومًا كان أو غير مطعوم، كالحبوب والأشنان والنورة والقطن

والصوف والكتان والورس والعصفر والذهب والفضة والحديد والنحاس ونحو ذلك؛ ودليلهم الأثر والنظر:

– أما الأثر: فما روي من قوله عليه الصلاة والسلام في بعض الطرق «كُلُّ مَا يُكَالُ أوْ يُوزَنُ»، وفي البعض الآخر قوله: «الذَّهَبُ بالذَّهَبِ مِثْلًا بِمِثْلٍ وَزْنًا بِوَزْنٍ، وَالحِنْطَةُ بالحِنْطَةِ مِثْلًا بِمِثْلٍ كَيْلًا بِكَيْلٍ»، فأوجب استيفاء المماثلة بالوزن في الموزون والكيل في المكيل، فدل ذلك على أن الاعتبار في التحريم الوزن والكيل مضمومًا إلى الجنس، ولأن المذكورات في الحديث من الأطعمة مكيلات.

– وأما النظر: فإن قضية البيع المساواة، والمؤثر في تحقيقها الكيل والوزن والجنس، فإن الوزن أو الكيل يسوي بينهما صورة، والجنس يسوى بينهما معنى، فكانا علة، وقد وجدنا الزيادة في الكيل محرمة دون الزيادة في الطعم بدليل جواز بيع الثقيلة بالخفيفة إذا تساويا في الكيل، فكل مكيل أو موزون لا يجوز بيعه بجنسه متفاضلا.

ما تقدم في علة منع التفاضل، أما علة منع النساء:

– فعند مالك: يحرم ربا النساء في النقدين والطعام مطلقًا، سواء اتحد الجنس أو اختلف، كان الطعام مما يقتات ويدخر أو لا؛ فلا يجوز دفع دينار في مثله أو في دراهم إلى أجل، ولا طعام كذلك، كبيع قمح أو فاكهة بطعام آخر من جنسه أو من غير جنسه إلى أجل، فالطعم بإطلاق علة لمنع النساء في المطعومات.

– وعند الشافعي: فعلة النساء عنده الطعم دون اعتبار الصنف مثل قول مالك، وفي النقدين الثمنية.

– وعند أبي حنيفة: أن البدلين إن اتحدا في الجنس والقدر حرم الربا بقسميه، كبيع الحنطة بالحنطة متفاضلا أو نسيئة، وإن لم يتحدا في الجنس والقدر حل التفاضل والنسيئة، كحنطة بالدارهم إلىأجل؛ وإن اختلف الجنس واتحد القدر حل التفاضل وامتنع النسيئة، كبيع الشعير بالحنطة؛ وإذا عدم القدر بين البدلين واتحد الجنس، حل التفاضل وامتنع النساء، فلا يجوز عنده شاة بشاة نسيئة، ولا بشاتين كذلك وإن اختلف منافعها، ويجوز نقدًا.

* واعلـم أن الخلاف المذكور بين الأئمة في مفهوم علة التفاضل مبني على قاعدة تخريج المناط، وهي أن الحكم إذا ورد مقرونًا بأوصاف، فإن كانت كلها مناسبة كان

الجميع علة، وإن كان بعضها كان المناسب علة واحدة؛ فأسعد الناس أرجحهم تخريجًا. قال القرافي: وعلة مالك أرجح لسبعة أوجه:

الأول: إنها أي العلة عند مالك - وهي الاقتيات والادخار - صفة ثابتة، والكيل عارض، والصفة الثابتة أنسب.

الثاني: إنها صفة مختصة، والكيل وغيره غير مختص.

الثالث: إنها المقصودة عادة من هذه الأعيان المذكورة في الحديث، وغيرها مما علل به ليس كذلك.

الرابع: إنها جامعة للأوصاف المناسبة كلها.

الخامس: إنها سابقة على الحكم، والكيل لاحق مخلص من الربا كالقبض، لا أنه علته.

السادس: إن علة مالك جامعة للقليل والكثير كما في النقدين، والكيل يمتنع في التمرة والتمرتين ونحوهما، والتعليل بالكيل لا يتأتى فيه إذ لا كيل في التمرة والتمرتين، ولهذا قال الحنفية: يعتبر في المكيل قدر يتأتى فيه الكيل.

السابع: إن علة مالك تختص بحالة الربا، وهي حالة تصفية الحب، إذ الاقتيات والادخار لا يتأتى إلا بعد تصفية الحبوب، والتعليل بالكيل غير مختص بحالة الربا، بل يشمل حالة كون الحبوب حشيشا ابتداء، ورمادًا انتهاء.

فحجة مالك رحمه الله قائمة على جميع الفِرَقِ:

- أولا: فلأن النبي ﷺ جعل التحريم أصلا في الحديث، إذ قال: «لاَ تَبِيعُوا الذَّهَبَ بِالذَّهَبِ إِلاَّ مِثْلاً بِمِثْلٍ، وَلاَ تُشِفُّوا بَعْضَهَا عَلَى بَعْضٍ» الحديث، إلا ما استثناه من المماثلة وليس المراد المماثلة؛ في الجنس لاختلاف صفاته، ولا في الزكوية كما قيل، لعدم تحققها في الملح، وهو في الحديث وليس بزكوي، فتعين المقدار؛ ولما كان معقول المعنى في الربا إنما هو أن لا يغبن بعض الناس بعضًا وأن نحفظ أموالهم، كان الواجب أن يكون ذلك في أصول المعايش وهي الأقوات، وهذا يبطل القول بأن العلة في منع ربا الفضل الجنس الواحد على الإطلاق طعامًا كان أو غيره؛ ووجه بطلانه أن الشارع استثنى حالة المماثلة، والمماثلة في الجنس لا تتحقق لاختلاف الصفات في الجنس الواحد، فالحيوان يختلف عن الحيوان، والثوب يختلف عن الثوب.

- ثانيا: فلأنه ﷺ اختص النقدين لشرفهما بأنهما رؤوس الأموال وقيم المتلفات، وذلك مناسب لئلا يبذل الكثير في القليل فيضيع الزائد، فشدد فيهما، فشرط التساوي والحضور والتناجز في القبض.

واختص تلك الأصناف الأربعة - أي البر والشعير والملح والتمر - وهي أقواتهم في الحجاز، لاشتراكها كلها في الاقتيات والادخار والطعم، وهي صفات شرف تناسب أن لا يبذل الكثير من موصوفها بالقليل منه، صونًا للشريف عن الغبن فيذهب الزائد هدرا.

- ثالثا: فلأنه ﷺ لما لم يكتف بالتنبيه على الطعم وحده بالنص على واحد من تلك الأصناف الأربعة، بل ذكرت تلك الأصناف كلها، علم أنه قصد بكل واحد منها التنبيه على ما في معناه، فنبه بالبر على قوت الرفاهية، فلو اقتصر عليه لقيل المراد قوت الرفاهية، فذكر الشعير لينبه به على قوت الشدة من أصناف الحبوب المدخرة، وذكر التمر لينبه به على المقتات من الحلاوات المدخرة، كالزبيب والعسل والسكر، وذكر الملح لينبه به على مصلح الأقوات من جميع التوابل المدخرة لإصلاح الطعام، وأنه قصد ما يجمعها من الاقتيات والادخار لا الطعم وحده، فلهذا زاد مالك على الطعم صفة واحدة وهي الادخار - كما في الموطأ - أو صفتين، وهما الاقتيات والادخار أي مجموعهما، وهو المعول عليه كما تقدم.

- رابعا: فلأن الشرف لما كان يقتضي كثرة الشروط وتمييزه عن الخسيس، كتمييز النكاح عن ملك اليمين بالشروط كالولي والشهود والصداق والإعلان، فكلما عظم شرف الشيء عظم خطره عقلا وشرعا وعادة، وكان للطعام مزية على غيره، وللمقتات منه شرف على غير المقتات، لعظم مصلحته في نوع الإنسان وغيره من الحيوان، إذ هو سبب بقاء الأبنية الشريفة لطاعة الله تعالى مع طول الأزمان، فناسب ذلك للصون عن الضياع بأن لا يبذل الكثير بالقليل من غير عوض، وإنما جاز التفاضل في اختلاف الجنس وإهدار الزائد لمكان الحاجة في تحصيل المفقود، وامتناع النساء في الجنسين، إظهارا لشرف الطعام.

- خامسًا: فلأن تعليل أبي حنيفة بالكيل تعليل بوصف طردي غير مناسب، وما علل به المالكية من الاقتيات والادخار مناسب، فالمناسب مقدم على الوصف الطردي، إذ

الكيل ليس بصفة ثابتة بل عارض، وليس بصفة مختصة بل هو غير مختص؛ وليس بصفة مقصودة من هذه الأعيان عادة.

وليس الكيل وصفا جامعا للأوصاف المناسبة كلها، بل ليس هو بصفة سابقة على الحكم، وإنما هو لاحق مخلص من الربا كالقبض، فلا يصلح أن يكون علته، لأن العلة تسبق المعلول، على أنه يمتنع في القليل كالتمرة والتمرين ونحوهما، بخلاف علة مالك رضي الله عنه، كما تقدم.

نعم لو صحت الأحاديث التي ربما احتج بها الأحناف لأن فيها - وإن لم تكن مشهورة - تنبيها قويا على اعتبار الكيل أو الوزن، من ذلك أنهم رووا في بعض الأحاديث المتضمنة المسميات المنصوص عليها في حديث عبادة بن الصامت - وهي المسميات الست - رووا زيادة، وهي: «كَذَلِكَ مَا يُكَالُ وَ يُوزَنُ»، وفي بعضها قوله: «وَكَذَلِكِ المِكْيَالُ وَالمِيزَان»، وفي بعضها: «إِنَّمَا الرِّبَا فِي النِّسَاءِ إِلاَّ مَا كِيلَ أَوْ وُزِنَ»؛ فلو ثبتت هذه الزيادات لكانت نصًّا في التعليل بالكيل أو الوزن، وغيرهم لا يثبتون هذه الزيادات؛ هذا مجمل ما ذكروا لترجح ما علل به مالك حرمة التفاضل والنساء.

* وأما تعليل الشافعي بالطعم فقال المالكية إنه داخل فيما عللنا به وهو الاقتيات والادّخار إلا أن تعليله بالطعم وحده فيه إهمال لأفضل أوصاف الاشتراك الذي هو الاقتات والادخار.

* هذا وقد أطلت الكلام في بيان علة منع التفاضل والنساء ليقف القارئ على مواطن الخلاف والوفاق، وما أجمعوا على تحريمه، وما لم يجمعوا عليه، وما لا شك فيه من الربا، وما فيه شك.

المسألة الثالثة: في كيفية بيع الربوى:

علم مما تقدم أنه لا يجوز بيع الربوي بجنسه وأحدهما مؤجل، وأنه لا يجوز التفاضل إذا بيع بجنسه حالاً كالذهب بالذهب، وأنه لا يجوز التفرق قبل القبض إذا بيع بجنسه أو بغير جنسه مما يشاركه في العلة، كالذهب بالفضة والحنطة بالأرز، وأنه يجوز بيع الربوي بجنسه إذا كانا متساويين في المقدار ولم يكن معهما ولا مع أحدهما عين أخرى ولا جنس آخر، وأنه يجوز التفاضل عند اختلاف الجنس إذا كان يدا بيد كصاع بر بصاعي أرز، ولكن هل يجوز الربوي بجنسه إذا كان معهما أو مع أحدهما عين أخرى أو جنس آخر؟

إذا كان الربويان من جنس واحد وكانا متساويين في المقدار ومع أحدهما عين أخرى اتفقوا على منعه لأنها تقابل من أحدهما جزءا، فيبقى أحدهما أكثر من الآخر بالضرورة، واختلفوا فيما إذا اتحد جنس الربوي من الطرفين وكان معهما أو مع أحدهما جنس آخر، هل يمتنع حينئذ البيع أو يجوز؟

1 - ذهب الأئمة مالك والشافعي وابن حنبل إلى أن هذا البيع لا يجوز، واحتجوا بثلاثة وجوه:

الوجه الأول: أن الجنس الآخر المضاف يحتمل أن يقابله من الآخر قدر لا يبقى بعد المقابلة إلا أقل من مساوي المضاف إليه، والمماثلة شرط، والجهل بالشرط يوجب الجهل بالمشروط، فلا يقضى بالصحة مع جهل المماثلة.

الوجه الثاني: أن هذا ذريعة إلى التفاضل فيجب سدها، لا سيما وقد قال ﷺ: «لَا تَبِيعُوا الذَّهَبَ بِالذَّهَبِ وَلَا الفِضَّةَ بِالْفِضَّةِ إِلَّا مِثْلًا بِمِثْلٍ»، فجعل الأصل المنع إلا في حالة المماثلة، وهذه الحالة غير معلومة في الصورة التي معنا، فوجب بقاؤها على المنع.

الوجه الثالث: ما رواه مسلم عن فضالة بن عبيد قال: اشتريت يوم خيبر قلادة باثني عشر دينارًا فيها ذهب وخرز، ففصلتها فوجدت فيها أكثر من اثني عشر دينارًا، فذكرت ذلك للنبي ﷺ فقال: «لاَ تُبَاعُ حَتَّى تُفَصَّلَ»، فنهى عن البيع مجملا وأمر بالتفصيل بين الذهب والخرز، فدل ذلك على عدم جواز بيع ذهب وعرض بذهب.

2 - وذهب أبو حنيفة إلى جواز بيع الربوي بجنسه ومعهما أو مع أحدهما جنس آخر، واستدل بأمرين:

الأمر الأول: إن ظاهر حال المسلمين يقتضي الظن بحصول المماثلة، والظن كاف في ذلك كالطهارة وغيرها.

والجواب: أنا لا نسلم أن الظن يكفي في المماثلة في باب الربا، بل لا بد من معرفة المماثلة بشهادة الميزان والمكيل، وباب الربا أضيق من باب الطهارة، فلا يقاس عليه.

الأمر الثاني: إن قضية القلادة واقعة عين لم يتعين المنع فيها لما ذكر من أن المضاف يحتمل أن يقابله من الآخر ما لا يبقى بعد المقابلة إلا أقل من مساوي المضاف إليه، بل يحتمل أن يكون المنع لأن الحلي الذي كان في القلادة كان مجهول الزنة، ونحن لا

نجيز مع الجهل بالزنة، فإذا فصلت القلادة ووزنت علم قدرها فجاز بيعها، فَلِمَ قلتم إن المنع لم يكن لذلك؟

والجواب: أنا لم نقل إن المنع في قضية القلادة كان لأن الحلي الذي كان فيها كان مجهول الزنة، بل قلنا إن المنع فيها كان لما ذكرناه اعتمادًا على حديث «لاَ تبِيعُوا الذَّهَبَ بِالذَّهَبِ إِلاَّ مِثْلاً بِمِثْلٍ»، لأن حالة المماثلة التي اشترطها مفاد الحديث في جواز بيع الربوي بجنسه غير معلومة في صورة النزاع، فوجب بقاؤها على المنع كما تقدم.

- وهذا الجواب قد لا يسلم لهم، علىأن الحنفية قالوا: إن هذا الحديث قد ورد في رواية أخرى: «حَتَّى تُفْضِّلَ» بالضاد، أي حتى يكون في الذهب الذي اشتريت به القلادة فضل على مقدار الذهب المضاف إلى الخرز، ولما كانت القصة واحدة علمنا أن اللفظين معا لم يصدرا عن النبي ﷺ، لتنافي معنييهما، وأن اللفظ الوارد عنه واحد معين في نفسه مجهول عندنا، فلا يصح الاحتجاج به.

والمخالفون يقولون: إن رواية الصاد: «حَتَّى تُفَصَّلَ» أصح عند المحدثين، ويعضده ما جاء في رواية أنه قال: «لاَ حَتَّى تُمَيِّزَ»؛ والحق أن دليلا كهذا لا يثبت به حكم يجعل فاعله من المرابين الذين توعدهم الله وآذنه بحربه وحرب رسوله ولا يدخل في الربا الذي لا يشك فيه.

ومما يدخل في هذا النوع شراء أسورة من الذهب بذهب يزيد عليها وزنًا، لأن هذه الزيادة في زيادة صنعة الصانع، وقد تكون قيمة الصنعة أعظم من قيمة مادة المصنوع، فإنه لا نسيئة في هذا البيع، وهو المحرم لذاته، بل لا ربا فيه لا مقابل له ليكون باطلا، ولا ضرر فيه على المشتري ولا ظلم فإن كان شراء ذلك الحلي من الربا الخفي الذي يمكن إدخاله في عموم روايات الآحاد في بيع أحد النقدين بالآخر ونحو ذلك، فهو محرم لسد الذرائع لا لذاته، وهو من الربا المشكوك فيه لا من المنصوص عليه في القرآن الذي لا شك فيه، فليس لنا أن نحكم بأن من اشترى حلية من الذهب بنقد منه، وحلية من الفضة بنقد منها، وكان النقد غير مساو للحلي في الوزن بل زائد عليها، أو أجل شيئًا من ثمنه، ليس لنا أن نحكم عليه بأنه مرتكب أكبر الكبائر محارب لله ولرسوله.

ولو كان مثل ذلك من الربا الذي لا شك فيه لما وقع فيه خلاف، وقد اختلف الصحابة والأئمة ومن بعدهم من الفقهاء في كثير من مسائل الربا، ومن ذلك بيع

الحلية، فقد أقام ابن القيم الحجة على جواز بيعها بجنسها من غير اشتراط المساواة في الوزن، ومما قاله في ذلك: إن ربا الفضل إنما حرمه الله لسد الذريعة، وما حرم سدا للذريعة أبيح للمصلحة، وقد سبقه إلى إجازة ذلك شيخه شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله، إذ قال في كتابه «الاختيارات الفقهية»: ويجوز بيع المصوغ من الذهب والفضة بجنسه من غير اشتراط التماثل، ويجعل الزائد في مقابلة الصنعة، سواء كان البيع حالاً أو مؤجلا، ما لم يقصد كونها ثمنًا[1]. وأنت ترى أنه أباح ذلك حتى مع التأجيل.

المسألة الرابعة: في اتحاد أجناس الربويات واختلافها:

وذلك مبني على قاعدتين:

القاعدة الأولى: إن مقصود الشارع من الدنيا أن تكون مزرعة الآخرة ومطية السعادة الأبدية، وأما ما عداه فمعزول عن مقصد الشارع في الشرائع، فلا يعتبر في نظر الشرع من الربويات إلا ما هو عماد الأقوات وحافظ قانون الحياة ومقيم بنية الأشباح التي هي مراكب الأرواح إلى دار القرار، ويلغى في نظره تفاوت الجودة والرداءة، لأنه داعية السرف، ولا يقصد إلا للترف.

فلو رتب الشرع عليه أحكامه لكان ذلك دليل اعتباره، ومنبها على رفعة قدره ومناره، وهو خلاف الوضع الشرعي والقانون الحكمي، ففروع باب اتحاد الأجناس واختلافها وإن كثرت وانتشرت كلها راجعة إلى هذه القاعدة، وعليها بنى العلماء تلك الفروع.

- فمن تلك الفروع أن السلت والشعير صنف واحد عند مالك، لأنهما وإن اختلفا جودة ورداءة إلا أنهما اتفقا في المنافع، والمتفقة المنافع لا يجوز التفاضل فيها بالاتفاق.

- ومنها أن قومًا ذهبوا إلى أن القمح والشعير جنس واحد فلا يجوز بيع القمح بالشعير إلا مثلا بمثل، وبهذا قال مالك، وعمدته في ذلك أنه عمل سلفه بالمدينة، وأصحابه عددوا كثيرا من اتفاقهما في المنافع، والمتفقة المنافع لا يجوز التفاضل فيها، ولأن القمح والشعير أحدهما يغش بالآخر، فكانا كنوعي الجنس الواحد.

---

(1) الاختيارات الفقهية، ص 127.

وذهب الأئمة الثلاثة إلى أنهما صنفان، وعمدتهم أولا قوله ﷺ: «لاَ تَبِيعُوا البُرَّ بِالبُرِّ وَالشَّعِيرَ بِالشَّعِيرِ إلاَّ مِثْلاً بِمِثْلٍ»، فجعلهما صنفين، ولأن في بعض طرق الحديث: «بِيعُوا الذَّهَبَ بِالفِضَّةِ كَيْفَ شِئْتُمْ، وَالبُرَّ بِالشَّعِيرِ كَيْفَ شِئْتُمْ، يَدًا بِيَدٍ»، صحح الترمذي هذه الزيادة، وفي لفظ: «لَا بَأْسَ بِبَيْعِ البُرِّ بِالشَّعِيرِ والشَّعِيرُ أَكْثَرُهُمَا، يدًا بِيَدٍ، وَأَمَّا نَسِيئَةً فَلاَ»، وفي لفظ: «فَإِذَا اخْتَلَفْتْ هَذِهِ الأَصْنَافُ فَبِيعُوا كَيْفَ شِئْتُمْ»؛ وهذا كله صريح لا يجوز تركه بغير معارض مثله، ولأنهما لم يشتركا في الاسم الخاص فلم يكونا جنسًا واحدًا كالتمر والحنطة، ولأنهما مسميان في الأصناف الستة، فكانا جنسين كسائرها، فكما وجب كون الفضة والذهب ونحوهما صنفين لكونهما أشياء مختلفة في الاسم، كذلك وجب كون البر والشعير بذلك صنفين.

- ومنها أن القطنية، وهي العدس، واللوبياء، والحمص، والفول، والترمس، والجلبان، والبسلة أجناس، فيجوز بيع بعضها ببعض مع التفاضل إذا كان يدًا بيدًا، وقيل إنها صنف واحد، وسبب الاختلاف تعارض اتفاق المنافع فيها واختلاف أعيانها، فمن غلب اتفاق منافعها قال صنف واحد، ومن غلب اختلاف أعيانها قال صنفان أو أصناف؛ والمشهور عن مالك أنها أجناس متباينة يجوز التفاضل بينها في البيع، وذلك لاختلاف صورها وأسمائها الخاصة بها ومنافعها، وعدم استحالة بعضها إلى بعض، ولأن المرجع في اختلاف الأجناس إلى العرف، وهي في العرف أجناس، فيجوز التفاضل بينها في البيع.

- ومنها أن الذرة والدخن والأرز أجناس يجوز الفضل بينها، وقيل صنف واحد، والمذهب: الأول.

- ومنها أن التمر بأصنافه كلها جنس واحد، الجيد منه والرديء سواء، لأن الاسم الخاص يجمعها وهو التمر وإن كثرت أنواعه، لأن كل شيئين اتفقا في الجنس ثبت فيهما حكم الشرع بتحريم التفاضل وإن اختلفت الأنواع، لقوله في الحديث: «التَّمْرُ بِالتَّمْرِ»، فاعتبر المساواة في جنس التمر بالتمر، ولا خلاف بين الناس في وجوب المساواة في سائر ما ذكر في الخبر مع اتفاق الأنواع واختلافها.

* فكل شيئين مشتركين في الاسم الخاص من أصلين مختلفين فهما جنسان:

فعصير الأشياء المختلفة كلها أجناس مختلفة باختلاف أصولها، يجوز فيها التفاضل إذا كان يدًا بيدٍ.

والعسول سواء كان من نحل أو تمر أو قصب أو غيرها أجناس، يجوز التفاضل فيه، كرطل من عسل نحل برطلين من عسل قصب إذا كان يدا بيد لاختلاف أصليهما.

وزيت الزيتون، والسمسم، والقرطم، والفجل، وبذر الكتان، والخردل، والسلجم، وغيرها أجناس كأصولها، لأن كل نوع مبني على أصله، وكذا الأدهان المأخوذة من الأصول المختلفة أجناس، والخلول والأنبذة، قيل جنس واحد لا يجوز التفاضل فيها حيث كان أصلها واحدًا، وقيل جنسان مختلفان، لأن الذي يراد من الخل غير ما يراد من النبيذ عادة، فالذي يراد من الخل الإدام وإصلاح الطعام، والذي يراد من النبيذ شربه، وبينهما بون.

وأما لو اختلف أصل الخل من أصل النبيذ، كخل تمر ونبيذ زبيب فهما جنسان اتفاقا

* ومما اختلف فيه من هذا الباب أجناس اللحوم:

- فعند الشافعي على أحد قوليه: اللحوم كلها جنس واحد، لأنها اشتركت في الاسم الواحد حال حدوث الربا فيه، فكان جنسًا واحدا، فلا يجوز اللحم متفاضلا، بل لا بد من المماثلة.

- وعند أبي حنيفة وإحدى الروايتين عن أحمد: إن اللحوم أجناس باختلاف أصولها، فلحم الإبل كله صنف، بخاتيها وعرابها، والبقر عرابها وجواميسها صنف، والغنم ضأنها ومعزها صنف، والوحش أصناف: بقرها صنف، وغنمها صنف، وظباؤها صنف، وكل ما له اسم يخصه فهو صنف، والطيور أصناف، وكل ما انفرد باسم وصفة فهو صنف وحده، فيباع لحم صنف بلحم صنف آخر متفاضلا ومتماثلا.

- وعند مالك: اللحوم ثلاثة أصناف مختلفة يجوز التفاضل فيها، ولا يجوز في الصنف الواحد منها: فلحم ذوات الأربع صنف واحد، ولحم ذوات الماء صنف واحد، ولحم الطير كله صنف واحد.

فعلى هذه الآراء، فبيع لحم الغنم بلحم البقر متفاضلا يجيزه أبو حنيفة وأحمد دون مالك والشافعي، وبيع لحم الطير بلحم الغنم متفاضلا يجيزه مالك وأبو حنيفة دون الشافعي.

- وعمدة الشافعي في اعتبار اللحوم جنسًا واحدًا قوله ﷺ: «الطَّعَامُ بِالطَّعَامِ مِثْلاً بِمِثْلٍ»، ولأن هذه الحيوانات إذا فارقتها الحياة زالت الصفات التي بها تختلف وتناولها

اسم اللحم تناولا واحدا، وذلك لأنها وإن كانت مختلفة الألوان إلا أنها متساوية الجنسية، لأن مهامها الإدام.

- وعمدة المالكية في تقسيم اللحوم ثلاثة أصناف أن هذه أجناس مختلفة،فوجب أن يكون لحمها مختلفًا.

- والحنفية والحنابلة إذ جعلوا اللحوم أجناسا باختلاف أصولها يقولون: إن الاختلاف الذي بين أنواع الحيوان، أي في الجنس الواحد منه كالطّائر، هو على وزان الاختلاف الذي بين التمر والبر والشعير، فكما أن تلك الأصناف تعتبر أجناسًا على حدة مع اشتراكها في كونها طعامًا، فإن لحوم تلك الأنواع من الحيوانات أجناس يجوز بيع بعضها ببعض متفاضلا، لأنها فروع أصول هي أجناس، فكانت أجناسا؛ ومن جعلها صنفًا واحدًا - وهو الشافعي - لم يجز عنده بيع لحم بلحم إلا متماثلا.

* واختلفوا من هذا الباب أيضًا فيما تدخله الصنعة مما أصله منع الربا فيه، مثل الخبز بالخبز:

- فقال أبو حنيفة: لا بأس ببيع ذلك متفاضلا ومتماثلا، لأنه قد خرج بالصنعة عن الجنس الذي فيه الربا، لأن الصنعة تنقله من جنس الربويات.

- وقال الشافعي: لا يجوز الخبز بالخبز لا متفاضلا ولا متماثلا، لأنه قد غيرته الصنعة تغيرًا جهلت به مقاديره التي تعتبر فيها المماثلة، ولأن في كل واحد من الخبزين من غير جنسه من الماء والملح، فلم يجز بيعه.

- وأما مالك: فالأشهر في الخبز عنده أنه يجوز متماثلا، لأنها جنس واحد يحرم التفاضل فيها، إلا أن يكون البعض بأبزار أو أدهان أو سكر فلا يكون مع غيره جنسا، لأن ذلك ينقله عما ليس فيه، فيجوز بيعه بالخبز حينئذ متماثلا ومتفاضلا.

وسبب الخلاف في هذا هو اختلافهم في هل الصنعة تنقله من جنس الربويات، وهو قول أبي حنيفة، فالخبز عنده ليس ربويا، فأجاز بيع بعضه بعض، أو لا تنقله الصنعة من جنس الربويات، وهو قول مالك والشافعي؟ ثم اختلفا: هل تمكن المماثلة حينئذ فيه أو لا تمكن؟

فعند الشافعي: لا يمكن المماثلة، لأن الصنعة غيرته تغيرًا تعذر معه معرفة المماثلة المطلوبة، أما مالك، فيرى أن المماثلة ممكنة بالوزن، وما فيه من الملح والماء ليس بمقصود فيه، ويراد لمصلحته، بل أجاز مالك اعتبار المماثلة في الخبز واللحم بالتقدير والحزر فضلا عن الوزن.

* ومن هذا الباب اختلافهم في بيع البر بالدقيق منه مثلا بمثل، والمشهور عن مالك جوازه، لأن الطحن لا ينقل عن حب بل هو مجرد تفريق أجزاء، فالدقيق نفس الحنطة وإنما تكسرت أجزاؤها فجاز بيع بعضها ببعض كالحنطة المكسرة بالصحاح، فعلى هذا إنما تباع الحنطة بالدقيق وزنًا لا كيلا، لأنها قد تفرقت أجزاؤها بالطحن وانتشرت، فتأخذ من المكيال مكانًا كبيرًا، والحب يأخذ مكانًا صغيرًا، والوزن يسوي بينهما.

وذهب أكثر الأئمة: أبو حنيفة، والشافعي وأحمد في المشهور عنهما، إلى عدم جواز بيع الحب بالدقيق.

وحجتهم في ذلك أَن بيع الحنطة بالدقيق بيع جنس بجنسه متفاضلا، فلا يجوز، وذلك لأن الطحن قد فرق أجزاءها فيحصل في مكيالها دون ما يحصل في مكيال الحنطة، وإن لم يتحقق التفاضل فقد جهل التماثل، والجهل بالتماثل كالعلم بالتفاضل فيما يشترط التماثل فيه، ولذلك لم يجز بيع بعضها ببعض جزافا، وتساويهما في الوزن لا يلزم منه التساوي في الكيل، والحنطة والدقيق مكيلات، لأن الأصل الكيل، ولم يوجد ما ينقل عنه، ولأن الدقيق يشبه المكيلات كالحنطة، ثم لو كان موزونا لم يتحقق التساوي بين المكيل والموزون، لأن المكيل لا يقدر بالوزن، كما لا يقدر الموزون بالكيل.

وأما بيع الدقيق بدقيق من جنسه فيجوز متساويا، وهو قول جمهور الأئمة، وخالف في ذلك الشافعي في المشهور عنه، فمنع بيع الدقيق بالدقيق والسويق بالسويق، لأنه يعتبر تساويهما حالة الكمال، وهو حال كونه حبا، وقد فات ذلك، لأن أحد الدقيقين قد يكون من حب رزين والآخر من حب خفيف، فيستويان دقيقًا ولا يستويان حبا، فتنفى المماثلة اليقينية.

والراجح قول الجمهور، لأن الدقيقين تساويا حال العقد على وجه لا ينفرد أحدهما بالنقصان، فجاز بيع بعضه ببعض كبيع التمر بالتمر؛ إذا ثبت هذا فإنما يباع بعضه ببعض كيلا، لأن الحب معياره الشرعي الكيل، ولم يوجد في الدقيق ما ينقله عن ذلك.

القاعدة الأخرى: متى تجعل الصنعة الجنس الواحد جنسين؟

القاعدة في مذهب مالك وأصحابه: أن الصنعة إذا كثرت أو بعد الزمان صيرت الجنس الواحد جنسين، وإن قلت وقرب الزمان لم تصيره؛ وعلى هذا فالصناعة في الجنس الواحد إما أن تكون بنار أو بغير نار:

فإن كانت الصنعة بنار، فإما أن تنقص المقدار أو لا، فإن لم تنقصه صيرت الجنس الواحد جنسين، كقلي القمح والخبز، وإن أنقصته فإن كان بإضافة شيء إليه صيرته جنسين، كطبخ لحم بأبزار، وشيّهِ بالنار بأبزار، وتجفيفه بالأبزار، والطبخ بالمرقة، فكل ذلك ناقل؛ وإذا كانت هذه الأشياء ناقلة عن أصلها فيجوز التفاضل فيها بأصلها يدا بيدٍ، فيجوز بيع لحم مشوي أو قديد أو مطبوخ كل واحد بمثله إن كان الشيُّ أو القديد أو الطبخ بأبزار، ولو بيع متفاضلا لنقله بالأبزار؛ وإن كانت الصنعة بغير إضافة شيء لم تصيره جنسين، كشيِّ اللحم وتجفيفه بلا أبزار، وطبخه من غير مرقة، ومنه تجفيف التمر والزبيب.

وإن كانت الصنعة بغير نار، فإن طال الزمان فقولان المشهور: تأثيرها فيكون الجنس جنسين كخل التمر وخل الزبيب، فإن التخليل للنبيذ ناقل عن أصل ذلك النبيذ، فإن كان أصل الخل تمرًا أي خلل من نبيذ التمر جاز بيع ذلك الخل بالتمر متماثلا ومتفاضلا لنقله عن أصله بالتخليل.

وإن لم يطل الزمان فالمشهور عدم التأثير، ولهذا لا يباع نبيذ التمر بالتمر إلا مثلا بمثل، لقرب ما بينهما، كما لا يباع النبيذ بالخل على المشهور إلا مثلا بمثل، حيث كان أصلهما واحدا، بخلاف التمر والخل المأخوذ منه، فيجوز التفاضل بينهما، فإنهما طرفان يبعد الزمان بينهما ، والنبيذ واسطة بينهما لقربه من كل واحد منهما، فلا يجوز بيعه بالخل إلا مثلا بمثل.

والنظر في ذلك كله إلى الأغراض في التفاوت في المقاصد والتقارب فيها.

ولا يجوز بيع الرطب مما يجري فيه الربا بيابس من جنسه، لا متماثلا ولا متفاضلا، لعدم تحقق التماثل، كالرطب بالتمر، والعنب بالزبيب، واللبن بالجبن، والحنطة المبلولة أو الرطبة باليابسة، أو المقلية بالنيئة، ولا التمر بالنبيذ المأخوذ منه لعدم معرفة التماثل، فقد سئل النبي ﷺ عن بيع الرطب بالتمر، فقال: «أَيَنْقُصُ الرُّطَبُ إِذَا يَبِسَ؟» قالوا: نعم، فنهى عن ذلك؛ رواه مالك وأبو دواد، وفي رواية قال: «أَيَنْقُصُ الرُّطَبُ إذَا جَفَّ؟» قالوا: نعم، قال: «فَلاَ، إِذَنْ»؛ نهى وعلل بأنه ينقص إذا يبس، ولأن الرطب باليابس جنس فيه الربا بيعَ بعضه ببعض على وجه ينفرد أحدهما بالنقصان فلم يجز، كبيع المقلية باليابسة.

المسألة الخامسة: ما يعد تماثلا شرعيا، وما لا يعد:

أجمع أكثر الأئمة على أن لفظ الشرع يحمل على عرفه، فإن تعذر حُكِّمَتْ فيه العوائد كالأيمان والوصايا وغيرهما؛ وبناء على هذه القاعدة، فإن ضابط تماثل الحبوب الجافة والنقد في باب الربا: هو أن ما فيه معيار شرعي اعتبر فيه ما اعتبره صاحب الشرع من كيل أو وزن؛ جاء في الحديث: البُرُّ بصيغة الكيل في البيع، وفي الزكاة بالأوسق، وصرح في النقدين بالوزن، إذ قال: «لَيْسَ فِيمَا دُونَ خَمْسِ أَوَاقٍ مِنَ الفِضَّةِ صَدَقَةٌ»، فيكون المعتبر في ذلك ما اعتبره الشارع، فما ورد عنه أنه يكال كالقمح فلا تصح المبادلة فيه إلا بالكيل، وما ورد عنه أنه يوزن كالنقد فلا يجوز المبادلة فيه إلا بالوزن، فالمعول عليه في معرفة المكيل والموزون فيما فيه نص هو نص الشارع، فما صرح الشارع بتحريم التفاضل فيه كيلا كان مكيلا دائمًا، وإن باعه الناس بغير الكيل، كالحنطة والشعير والتمر والملح، وكل شيء نص على تحريم التفاضل فيه وزنًا كالذهب فهو موزون، ومثل نص الرسول ما عليه المسلمون في عهده ﷺ، وقد قال ﷺ: «المِكْيَالُ مِكْيَالُ المَدِينَةِ، وَالمِيزَانُ مِيزَانُ مَكَّةَ»، والنبي ﷺ يحمل كلامه على بيان الأحكام، ولأن ما كان مكيلا بالحجاز في زمنه انصرف التحريم في تفاضل الكيل إليه، فلا يجوز أن يتغير بعد، ذلك وهكذا الموزون.

وما ليس فيه معيار شرعي أو لا عرف بالحجاز في زمنه ﷺ فيه، فقيل اعتبرت فيه العادة العامة، هل يكال أو يوزن، فإن اختلفت العوائد العامة اعتبرت عادة البلد، لأن ما لم يكن له في الشرع حد كان المرجع فيه إلى العرف، كالقبض والإحراز والتفرق، فإن جرت العادة بالوجهين خير فيهما؛ وقيل: إن ما ليس فيه معيار شرعي يرد إلى أقرب الأشياء شبهًا به بالحجاز في زمنه، كما أن الحوادث ترد إلى أشبه المنصوص عليه بها وهو القياس:

- فالبر والشعير مكيلان منصوص عليهما بقوله ﷺ: «البُرُّ بِالبُرِّ كَيْلاً بِكَيْلٍ، وَالشَّعِيرُ بِالشَّعِيرِ كَيْلاً بِكَيْلٍ»، وكذا سائر الحبوب والأبازير والأشنان والجص والنورة وما أشبهها.
- والتمر مكيل، وهو من المنصوص عليه، وكذا سائر تمر النخل من الرطب والبسر وغيرهما، وسائر ما تجب فيه الزكاة من الثمار، كالزبيب، والفستق، والبندق، والزيتون، واللوز.

- والملح مكيل، وهو من المنصوص عليه بقوله ﷺ: «الملح مدى بمدى».

- ومن المكيل: المشمش الجاف، وكذا المائعات من لبن وزيت وخل وسمن، وسائر الأدهان، والعسل، (على خلاف في الأخير)؛ فهذه الأشياء كلها مما تباع بالكيل، وإن تعارف على بيعها بالوزن أو العد.

- والذهب بالذهب موزونان، ثبت ذلك بقوله ﷺ: «الذَّهَبُ بِالذَّهَبِ وَزْنًا بِوَزْنٍ، والفِضَّةُ بِالفِضَّةِ وَزْنًا بِوَزْنٍ»، وبذلك يعلم بعض الأصناف التي تباع بالوزن، كالنحاس، والحديد، والرصاص، والزئبق، والكتان، والقطن، والحرير، والقزّ، والوبر، والصوف، سواء كانت مغزولة أو غير مغزولة، واللؤلؤ، والزجاج، واللحم، والشحم، والجبن.

وبالجملة فإن ما نص عليه الشرع بأنه موزون أو مكيل يعلم به معيار الأصناف التي لم يبين الشرع كونها مكيلة أو موزونة.

هذا الذي تقدم من وجوب الرجوع إلى العرف الموجود في عهده ﷺ في معرفة المكيل والموزون هو قول أكثر الفقهاء.

واختلف النقل عن أبي حنيفة، فله قولان:

القول الأول: يوافق قول الأكثرين الذي تقدم.

والقول الآخر للحنفية: إن المعول في معرفة المكيل والموزون على العرف، فمتى تعارف الناس على معرفة مقدار شيء بالكيل كان مكيلا، ومتى تعارفوا على معرفة قدره بالوزن عند البيع كان موزونا، سواء نص الشارع على كونه مكيلا أو موزونا أو لا، لأن الشارع إنما نص على أصناف الطعام المذكورة في الحديث مكيلة، وعلى الذهب والفضة موزونًا تبعًا لعرف ذلك الزمان، فلو غير الناس ذلك وباعوا الطعام موزونًا والذهب والفضة معدودًا، اعتبر الشارع ذلك وعد الطعام موزونًا.

وهذا القول منقول عن أبي يوسف صاحب أبي حنيفة، وهو رأي قوي جدًا؛ ذلك أن ما بني على عرف زمني كان قائما في عصر النبوة، ثم تغير ذلك العرف في عصرنا، فلا حرج علينا من النظر في مقصود الشارع من النص دون التمسك بحرفيته.

ومما بني على عرف زمني ينبغي إعادة النظر فيه القضية التي معنا، قضية تماثل الأصناف الربوية: ما هو المعيار الشرعي في تماثل الحبوب الجافة، هل الكيل أو الوزن؟ أو المعول عليه هو العرف والعادة؟ في ذلك خلاف؛ وقد تقدم رأي القائلين بأن معرفة

المماثلة لا تعتبر إلا بالكيفية الواردة في الشرع، وقد شرحنا تلك الكيفية بأدلتها، ولكن رأي أبي يوسف هذا ينبغي الوقوف عنده.

ذلك أن الشارع إنما نص على أصناف الطعام المذكورة في الحديث مكيلة تبعا لعرف ذلك الزمان، فإذا تغير العرف وأصبح الشعير أو القمح أو التمر أو الملح، وهي الأصناف المذكورة في الحديث، مما يباع كيلا. إذا أصبح ذلك يباع وزنا كما هو الشأن في عصرنا هذا، وجب الأخذ بما صار إليه العرف الجديد، إذ كثرت أنواع الموازين في عصرنا فصار كل شيء يوزن، كما يشير إليه قوله تعالى: ﴿وَأَنْبَتْنَا فِيهَا مِنْ كُلِّ شَيْءٍ مَّوْزُونٍ﴾[1]؛ فكيف يدعى بأن ما كان مكيلا على عهد الرسول ﷺ فهو مكيل أبدًا إلى يوم القيامة، وإن هجر الناس الكيل فيه، وكل موزون في عهد الرسول ﷺ فهو موزون دائمًا، وإن ترك الناس الوزن فيه؛ وكون الشيء يضبط بالوزن أو الكَيل ليس أمرًا تعبديًا، فهو أمر لا غرض للشارع فيه؛ فالقول بوجوب أن يستمر القمح والشعير والتمر والملح مكيلات لا يجوز بيعها بجنسها بالوزن، تعسير على الناس وخروج عن منهج الشريعة من التيسير؛ وهذا الرأي المنقول عن أبي يوسف رحمه الله هو الصحيح إن شاء الله في القضية.

المماثلة فيما لا يكال ولا يوزن:

وتعتبر المماثلة في غير ما يكال أو يوزن بالتحري وزنا، كالبيض، فيباع بعضه ببعض بالتحري، ولو اقتضى التحري بيع بيضة ببيضتين أو أكثر؛ فإن عسر الوزن فيما اعتبرت فيه المماثلة عن الشارع وزنا لكونه في سفر أو بادية، جاز التحري إن لم يتعذر تحريه لكثرته، وأما الكيل والعد فلا يعسر إذ يجوز بغير المعهود.

وحاصل ما نقل عن ابن القاسم صاحب مالك أن كل ما يباع وزنًا ولا يباع كيلا مما هو ربوي تجوز فيه المبادلة والقسمة على التحري لوزنه، وكل ما يباع كيلا ووزنا مما هو ربوي فلا تجوز فيه المبادلة ولا القسمة بالتحري بلا خلاف، وإنما جاز التحري فيما يوزن دون ما يكال، لأن آلة الوزن قد يتعذر الحصول عليها بخلاف آلة الكيل، فإن الكيل ممكن بأي وعاء، وذلك أمر ميسور، فلا بد من كيله بالفعل.

---

(1) سورة الحجر، الآية 19.

وأما ما ليس بربوي فاختلف في جواز القسمة فيه والمبادلة على التحري لوزنه أو كيله على ثلاثة أقوال:

أحدها: الجواز فيما يباع وزنا لا كيلا، وهذا قول ابن القاسم.

الثاني: الجواز مطلقًا وزنًا وكيلاً.

الثالث: المنع مطلقا.

فإن تعذر التحري فيما يجوز فيه التحري لكثرته جدًّا منع، فلا تجوز المبادلة والقسمة فيه؛ والظاهر جواز البيع والقسمة بالتحري فيما يوزن ولو لم يتعسر الوزن، وقيد بعضهم جوازه بعسر الوزن بالفعل وهذا قول الأكثرين؛ هذا مذهب المالكية.

وبعض العلماء لا يجيز بيع الربويات بعضها ببعض بالتحري، فما لم يكن له أصل في كيل ولا وزن، ولا يشبه ما جرى به عرف بذلك من المعدودات من الجوز والبيض والرمان والقثاء والسفرجل والتفاح ونحوها، فهذه المعدودات عند من يعتبر التماثل فيها فإنه يعتبر التماثل في الوزن لأنه أخصر، فوجب اعتباره في غير المكيل والموزون كالذي لا يمكن كيله.

الحكمة من تحريم الربا:

اعتمد الإسلام في تحريمه للربا على دعائم:

1 - **الدعامة الأخلاقية:** الربا من الناحية الخلقية جشع وشره، واستغلال الإنسان لأخيه الإنسان استغلالا تأباه الأخلاق الكريمة والفطرة السليمة وقواعد السلوك المستقيم، فالمرابي يستغل في الفقير المحتاج حاجته إلى المال فيفرض ما يشاء من الأرباح، وذلك يفضي إلى انقطاع المعروف بين الناس بالقرض، لأن حاجة المحتاج تحمله على أخذ الدرهم بدرهمين، فيفضي ذلك إلى انقطاع المواساة والمعروف والإحسان.

والغالب أن المقرض يكون غنيا والمستقرض يكون فقيرًا، فإباحة الربا تمكين للغني من أن يأخذ من الفقير الضعيف مالا زائدًا، وذلك غير جائز برحمة الرحيم.

وكان حجة المرابين في إباحة الربا أن البيع مثل الربا، فكما يجوز أن يبيع الإنسان السلعة التي ثمنها عشرة دراهم نقدًا بعشرين درهمًا نسيئة، يجوز أن يعطي المحتاج العشرة الدراهم، على أن يرد إليه بعد سنة عشرين درهمًا، لأن السبب في كل من الزيادتين الأجل.

والله قد أجاب عن دعوى مماثلة البيع للربا، ليس على طريقة أجوبة الخطباء المؤثرين، ولا على طريقة أقيسة المنطقيين، ولكنه على سنة هداية الدين، وهو أن الله أحل البيع وحرم الربا، لأن زعمهم مساواة الربا للبيع في مصلحة التعامل بين الناس إنما يصح إذا أبيح للناس أن يكونوا في تعاملهم كالذئاب، كل واحد ينتظر الفرصة التي تمكنه من افتراس الآخر وأكله، ولكن ههنا إله رحيم يضع لعباده من الأحكام ما يربيهم على التراحم والتعاطف، وأن يكون كل منهم عونًا للآخر، لا سيما عند شدة الحاجة إليه، ولذلك حرم عليهم الربا الذي هو استغلال ضرورة إخوانهم، وأحل البيع الذي لا يختص الربح فيه بأكل الغني الواجد مال الفقير الفاقد، فالدعامة الأخلاقية إن جوزت الربح عن طريق المعاملة (البيع)، فلا تجوزه عن طريق المجاملة (القرض).

والإسلام ينظر إلى القرض الحسن - وهو الذي لا فائدة فيه - أكثر ما ينظر إلى الصدقة، ففي الحديث الشريف أن النبي ﷺ «رَأَى لَيْلَةَ أُسْرِيَ بِهِ مَكْتُوبًا عَلَى بَابِ الجَنَّةِ: الصَّدَقَةُ بِعَشْرِ أَمْثَالِهَا وَالقَرْضُ بِثَمَانِيَةَ عَشَرَ؛ فَقُلْتُ لِجِبْرِيلَ: مَا بَالُ القَرْضِ أَفْضَلُ مِنَ الصَّدَقَةِ؟ قَالَ لِأَنَّ السَّائِلَ يَسْأَلُ وَعِنْدَهُ، وَالْمُسْتَقْرِضُ لاَيَسْتَقْرِضُ إِلاَّ مِنْ حَاجَةٍ»، رواه ابن ماجه؛ يعني أن الصدقة ربما يكون المتصدق عليه ليس في شديد الحاجة إليها دائمًا، وهذا المعنى أي السؤال من غير حاجة نجده غالبا في المحترفين للسؤال، أما المقترض فلا يقترض غالبًا إلا في شديد الحاجة إلى القرض، والمراد بمضاعفة أجر القرض إنما هو أصل المضاعفة، وإلا فإن الله سبحانه وتعالى يضاعف ثواب كل منهما أضعافًا مضاعفة، وذلك فضل الله.

2 - **الدعامة الاجتماعية:** ولو أننا نظرنا إلى قضية تحريم الربا من ناحيته الاجتماعية لظهرت لنا حكمة هذا التشريع وسداده؛ لا نكتفي بقولنا إن حياة المجتمع تصبح حياة لا تطاق لو أن كل فرد تمسك بحقه في أدق حدوده، ولم يجعل على نفسه سلطانًا لفكرة البر والتعاون والتضامن والتراحم، بل نقول: إن مجرد تقرير ربح مضمون لرب المال من دون أن يكون في مقابل ذلك ضمان ربح للمقترض؛ هذا الوضع فيه محاباة للمال وإيثار له على العمل؛ وبهذه الوسيلة نزيد في توسيع المسافة وتعميق الهوة بين طبقات الشعب بتحويل مجرى الثروة وتوجيهها إلى وجهة واحدة معينة، بدلا من أن نشجع المساواة في الفرص بين الجميع وأن نقارب ما أمكن ذلك بين مستوى الأمة، حتى يكون أميل إلى التجانس، وأقرب إلى الوحدة: «إن اللمحة البارزة في التشريع القرآني، وكذلك

في كل تشريع اجتماعي جدير بهذا الاسم، هي الحيلولة دون المحاباة لرأس لمال على حساب الجمهور الكادح، والسعي لتحقيق نوع من التجانس والمساواة بين أفراد الأمة؛ إنها لكلمات قصيرة ولكنها ذات مدى بعيد، تلك التي يرسم فيها القرآن دستور هذه السياسة حيث يقول: ﴿**كَيْ لاَ يَكُونَ دُولَةً بَيْنَ الاَغْنِيَاءِ مِنْكُمْ**﴾[1]، من بحث للدكتور محمد عبد الله دراز.

ومعلوم أن الربا يزرع الأحقاد والحزازات في النفوس بين أفراد المجتمع، ويؤدي إلى البغضاء والخصومات، ويقطع ما بينهم من أواصر الأخوة والمحبة والتعاون على الخير، بسبب أنه ينزع عاطفة التراحم من القلوب، ويضيع المروءة، ويذهب المعروف، ويحل القوة محل الرحمة؛ والمال شقيق النفس، وليس آلم على نفس الإنسان من أن يرى ماله أكل وأخذ منه من دون وجه حق؛ ولا يمكن لمحتاج مهما بلغ من السماحة أن يعتبر الفوائد الربوية مأخوذة منه بوجه شرعي، ولئن تظاهر بالرضا بهذه الفوائد فهو تظاهر المضطر الذي ألجأته الضرورة إلىهذا النوع من المعاملة، وبحسبنا شاهدًا على هذا أن المرابي مهما كانت الفائدة التي يقرض بها مغضوب عليه من الناس، حتى في البيئات التي لا تحرم الربا؛ ومن أنكر ذلك فقد أنكر المشاهد المحسوس، وقد أشار الله بقوله: ﴿**يَمْحَقُ اللَّهُ الرِّبَا وَيُرْبِي الصَّدَقَاتِ**﴾[2] إلى ما في الربا من عداوة الناس، إذ ليس المراد بهذا المحق محق الزيادة في المال، فإن هذا قد يكون مكابرة للمشاهدة، وإنما المراد بالمحق ما يلاقي المرابي من عدواة الناس وما يصاب به في نفسه من الوساوس وغيرها.

أما العدواة فمن حيث هو عدو المحتاجين وبغيض المعوزين؛ وقد تفضي هذه العدواة والبغضاء إلى مفاسد ومضرات واعتداء على الأموال والأنفس والثمرات، وقد ظهر أثر ذلك في الأمم التي فشا فيها الربا، إذ يعادي الفقراء فيها الأغنياء دائمًا.

وأما ما يصاب به المرابي في نفسه من الوساوس والأوهام، فهو ما لا يعرفه إلا من راقب هؤلاء العابدين للمال وبلا أخبارهم، فمنهم من يشغله المال عن طعامه وشرابه حتى يقصر في حقه، ومنهم من يقتحم لذلك الخطر حتى يهلك.

---

(1) سورة الحشر، الآية 7.

(8) سورة البقرة، الآية 276.

وقد يكون المراد بمحق الربا محو ما يطلب الناس بزيادة المال من اللذة وبسطة العيش والجاه والمكانة؛ وزيادة الربا تذهب بذلك لاشتغال المرابي غالبًا عن اللذة وخفض المعيشة بولهه في ماله، ولمقت الناس إياه وكراهيتهم له كما تقدم، فهو لا يحسن التصرف في التوصل إلى ثمرة المال.

وإرباء الصدقات: هو زيادة فائدتها وثمرتها في الدنيا، وأجرها في الأخرة؛ فقوله تعالى: ﴿يَمْحَقُ اللَّهُ الرِّبَا﴾[1] نظير الخبر المروي عن ابن مسعود، عن النبي ﷺ أنه قال: «إِنَّ الرِّبَا وَإِنْ كَثُرَ فَإِنَّ عَاقِبَتَهُ تَصِيرُ إِلَى قِلٍّ»، رواه الإمام أحمد؛ فهو من باب المعاملة بنقيض المقصود، نظير قوله ﷺ: «مَنِ احْتَكَرَ عَلَى الْمُسْلِمِينَ طَعَامَهُمْ ضَرَبَهُ اللَّهُ بِالإِفْلاَسِ وَالجُذَامِ»؛ ذلك أن سنة الله قضت في عابد المال، الذي لا يرحم معوزًا ولا ينظر معسرًا إلا بمال يأخذه ربا من دون مقابل، أن يكون محرومًا من الثمرة الشريفة، وهي كون صاحبها ناعمًا عزيزا شريفًا عند الناس، لكونه مصدرًا لخيرهم والتفضل عليهم وإعانتهم على زمنهم، كما يكون محرومًا في الآخرة من ثواب المال، فهو في عدم انتفاعه بماله هذا الضرب من الانتفاع، كمن محق ماله وهلك، وقضت سنته تعالى في المتصدق أن يكون انتفاعه بماله أكبر من ماله، وقد قال ﷺ: «مَنْ تَصَدَّقَ بَعَدْلِ تَمْرَةٍ مِنْ كَسْبٍ طَيِّبٍ - وَلاَ يَقْبَلُ اللَّهُ إِلاَّ الطَّيِّبَ - فَإِنَّ اللَّهَ تَعَالَى يَقْبَلُهَا بِيَمِينِهِ ثُمَّ يُرَبِّيهَا لِصَاحِبِهَا كَمَا يُرَبِّي أَحَدُكُمْ فُلُوَّهُ حَتَّى تَكُونُ مِثْلَ الجَبَلِ».

3 - **الدعامة الاقتصادية:** إن مجرد الربا تعطيل للمال أن يستغل في طرقه المشروعة من تجارة أو زراعة أو صناعة؛ ذلك لأن صاحب الدرهم والدينار إذا تمكن بواسطة عقد الربا من تحصيل الدرهم الزائد نقدًا كان أو نسيئة، خف عليه اكتساب وجه المعيشة، وسهلت لديه أسباب العيش، فيألف الكسل، فلا يكاد يحتمل مشقة الكسب والتجارة والصناعة الشاقة، وذلك يفضي إلى انقطاع منافع الخلق، ومن المعلوم أن مصالح العالم لا تنتظم إلا بالتجارات والحرف والصناعات.

ومما ينبغي أن يعلم أن النقدين - الذهب والفضة - إنما وضعا وجعلا أساسا ليكونا للتمول، وميزانًا لتقدير قيم الأشياء التي ينتفع بها الناس في معاشهم، ولم يجعلا سلعًا يتجر فيها، وإلا لصرف الناس عن وجوه الاكتساب بهما بطريق البيع والشراء

(1) سورة البقرة، الآية 276.

والتجارات والصناعات والشركات والمزروعات، واكتفوا باستغلالهما عن طريق المراباة، ولا يخفى ما يجره هذا من كساد التجارة والصناعة وغيرهما، فيضطرب الاقتصاد وتقف عجلته.

وأيضًا إذا صار النقد مقصودا للاستغلال، فإن هذا يؤدي إلى انتزاع الثروة من أيدي أكثر الناس وحصرها في أيدي الذين يجعلون أعمالهم قاصرة على استغلال المال بالمال، ويربو عندهم ويخزن في الصناديق والبيوت المالية المعروفة بالبنوك، ويبخس العاملون قيم أعمالهم، لأن الربح يكون معظمه من المال نفسه، وبذلك يهلك الفقراء.

ولو وقف الناس عند حد الضرورة في استغلال أموالهم لما كان فيه مثل هذه المضرات، ولكن أهواء الناس ليس لها حد تقف عنده بنفسها، فلا بد من الوازع الذي يوقفها بالإقناع أو الإلزام، لذلك حرم الله الربا؛ وهو - سبحانه وجلت حكمته - لا يشرع للناس الأحكام بحسب أهوائهم وشهواتهم كأصحاب القوانين، ولكن يشرع بحسب المصلحة العامة الشاملة.

وأما واضعو القوانين الوضعية، فإنهم بسبب قصور عملهم وقصر نظرهم إن أدركوا ما في أمسهم فلن يدركوا ما في يومهم، وإن أدركوا ما في يومهم فلن يدركوا ما في غدهم؛ فمن يضعون للناس الأحكام بحسب حالهم الحاضرة التي يرونها موافقة لما يسمونه الرأي العام من غير نظر في عواقبها ولا في آثارها الضارة المترتبة عليها، لا يهمهم عند سن القوانين الجانب الأخلاقي بقدر ما يهمهم الجانب النفعي المادي، فلذا فشلت القوانين الوضعية في تكوين مجتمع فاضل يقدس الفضيلة وينبذ الرذيلة.

على أن الله تعالى جعل طريق تعامل الناس في معاشهم أن يكون استفادة كل واحد من الآخر بعمل، ولم يجعل لأحد منهم حقًّا على الآخر بغير عمل، لأنه باطل لا مقابل له، وبهذه السنة من سننه أحل البيع، لأن فيه عوضًا يقابل عوضا، وحرم الربا، لأنه زيادة لا مقابل لها، ففي البيع من الفائدة ما يقتضي حله، وفي الربا من المفسدة ما يقتضي تحريمه.

ذلك أن البيع يلاحظ فيه دائمًا انتفاع المشتري بالسلعة انتفاعًا حقيقيا، لأن من يشتري قمحًا مثلا إنما يشتريه ليأكله أو ليبذره أو ليبيعه تجارة، وهو في كل ذلك ينتفع به انتفاعًا حقيقيا، والثمن هنا مقابل للمبيع مقابلة مرضية للبائع والمشتري باختيارهما.

وأما الربا فهو عبارة عن إعطاء الدراهم والأقوات وأخذها مضاعفة في وقت آخر، فما يؤخذ منه زيادة على رأس المال لا مقابل له من عين ولاعمل، وهذه الزيادة لا تعطى بالرضا والاختيار بل بالكره والاضطرار.

وقد دلت التجربة على أن المرابي كلما زاد ماله ازدادت شراهته في الاستيلاء على كل ما يستطيع أن يبتزه من أموال الفقراء، فلا يرأف بفقير، ولا يشفق على بائس، ولا يرحم مسكينًا، ولا ينظر معسرًا؛ وقد جرت عادة المرابين بأن طمعهم يزداد حين الأزمات كالقحط والحروب وغيرهما من الحالات التي تشتد فيها الحاجة إلى الأقوات، فيضطر الفقراء إلى الاستدانة من هؤلاء الطغاة الطامعين الذين يستنزفون أموالهم ويستأثرون بالبقية الباقية منها.

فإن قال قائل: إن الربح الذي يحصل عليه المقترض من عمله في المال الذي اقترضه إنما ينشأ وليدا من التزاوج بين العمل ورأس المال، فكيف تُخوّلون للعمل حقًّا في الربح ولا تُخولون للمال حقه فيه، مع أنه زوجه وشريكه في هذا النتاج؟ فالمقرض إنما استحق هذه الزيادة نظير رأس المال الذي أخذه المقترض وانتفع به في تحصيل الأرباح الكثيرة، وما يأخذه المقرض يكون غالبًا أقل بكثير مما استفاده المقترض من رأس المال، وعلى هذا فقد استفاد كل من المقرض المرابي والمقترض، فلم يكن أخذ الزيادة أكل مال بلا مقابل كما زعموا.

ثم إن رأس المال لو بقي في يد المقرض تلك المدة لكان يمكن أن يتجر فيه المالك ويستفيد من تلك التجارة، فلما تركه في يد المدين مدة وانتفع به المدين لم يكن بعيدًا أن يدفع إلى صاحب المال ذلك الزائد عوضًا عن انتفاعه بماله.

الجـــواب: أولا: إن ربح المقرض - إن اتجر بالمال - غير مضمون لا محالة، فهو أمر قد يحصل وربما لا يحصل، فجائز أن يخسر، وأخذ الزائد أمر متيقن، فهل من الحق والعدل أن يأخذ المقرض الربح ولا يحتمل الخسارة؟

وثانيا: لا تنكر أن الربح ليس ثمرة عنصرٍ واحدٍ، بل ثمرة عنصرين متزاوجين هما المال والعمل، ولكن الشيء الجوهري هنا هو أنه بمجرد عقد القرض الربوي للتجارة به مثلا أصبح العمل ورأس المال في يد شخص واحد هو المقترض، ولم يبق للمقرض

علاقة ما بذلك المال، بل صار المقترض وحده هو الذي يتولى تدبيره تحت مسئوليته التامة لربحه أو لخسره، حتى إن المال إذا هلك أو تلف فإنما يهلك أو يتلف على ملكه.

فإذا أصررنا على اشتراك المقرض في الربح الناشئ عن المال المذكور وجب علينا في الوقت نفسه أن نشركه في الخسارة النازلة بالمال، إذ كل حق يقابله واجب، أوكما تقول الحكمة النبوية: «الخَرَاجُ بالضَّمَانِ»، أما أن نجعل الميزان يتحرك من جانب واحد فذلك هو معاندة للطبيعة.

فإذا قبلنا اشتراك رب المال في الربح والخسر معا، انقلبت المسألة من موضوع القرض إلى صورة معاملة أخرى وهي الشركة التضامنية الحقيقية بين رأس المال والعمل، وهذه الشركة لم يغفلها التشريع الإسلامي بل أساغها ونظمها تحت عنوان المضاربة أو القراض:

وهو «عقد بين طرفين، على أن يدفع أحدهما نقدًا إلى الآخر ليتجر فيه، على أن يكون الربح بينهما حسب ما يتفقان عليه»، وهو - كما ترى - عقد يقوم على ضرورة أن يتقاسم رأس المال والعمل الربح والخسارة.

فقد يكون عند شخص مال ربما لا يحسن الانتفاع به، وآخر ليس عنده مال ولكن عنده خبرة للعمل، فيتفقان على أن يكون المال من جانب والعمل من الجانب الآخر نظير جزء من الربح إن ربح المال، وإلا فالغرم عليهما؛ فأيهما أحسن، هذه المعاملة العادلة التي يشتركان فيها في السراء والضراء، أم تلك المعاملة الربوية الجائرة؟

غير أنه لكي يقبل رب المال الخضوع لهذا النوع من التعامل (المضاربة)، يحب أن يكون لديه من الشجاعة الأدبية ما يواجه به المستقبل في كل احتمالاته ربح أو خسارة، وهذه الشجاعة، كما قال المرحوم الدكتور محمد عبد الله دراز: «فضيلة لا يملكها المرابون، لأنهم يريدون ربحا بغير مخاطرة، وذلك هو ما يسمى تحريف قواعد الحياة ومحاولة تبديل نظمها، وهكذا إذا سرنا وفقا للأصول والمبادئ الاقتصادية في أدق حدودها، كان لنا الخيرة بين نظامين اثنين لا ثالث لهما؛ فإما نظام يتضامن فيه رب المال والعامل في الربح والخسر، وإما نظام لا يشترك فيه معه في ربح ولا خسر، ولا ثالث لهما، إلا أن يكون تلفيقًا من الجور والمحاباة»[1]

---

(1) الربا في نظر القانون الإسلامي، تعريب محاضرة ألقاها الأستاذ الدكتور محمد عبد الله دراز بالفرنسية 1951.

وبعد، فقد يقول بعض المسلمين الآن: إننا نعيش في عصر صار زمام الأمر فيه في أيدي أمم مادية تقبض على الثروة وبقية الشعوب عيال عليها، فمن جاراها في طرق الكسب - والربا من أهم أركانه - أمكنه أن يعيش معها، وإلا كان مستعبدًا لها؛ أفلا تقضي ضرورة كهذه على الشعوب المسلمة التي تتعامل مع الأوروبيين أن تتعامل بالربا، كي تحفظ ثروتها وتنمّيها، وحتى لا تستنزف ثروتها وهي مادة حياتها؟

والجواب: أن الإسلام قد وضع إلى جانب كل قانون بل فوق كل قانون قانونًا أعلى يقوم على الضرورة التي تبيح كل محظور: **﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلاَّ مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ﴾**[1]، والمسلم يعرف إن كان مضطرًا إلى الربا فيحل له تناوله، فيكون مثله مثل أكل الميتة ولحم الخنزير ونحوهما، وإن لم يكن مضطرًا هكذا لم يحل له.

ولكن ينبغي أن يعلم المسلم أنه لأجل أن يكون تطبيق قانون الضرورة على مسألة مّا تطبيقًا مشروعًا، لا يكفي أن يكون المرء عالمًا بقواعد الشريعة، بل يجب أن يكون له من الورع والتقوى ما يحجزه عن التوسع أو عن التسرع في تطبيق الرخصة على غير موضعها، كما يجب أن يبدأ المرء باستنفاد كل الحلول الممكنة المشروعة في الإسلام، فإنه إن فعل ذلك عسى ألا يجد حاجة للترخص ولا للاستثناء، كما هي سنة الله في أهل العزائم من المؤمنين **﴿وَمَن يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَل لَّهُ مَخْرَجًا وَيَرْزُقْهُ مِنْ حَيْثُ لاَ يَحْتَسِبُ﴾**[2].

المبررات التي يستند إليها دعاة تحليل الربا:

الذين يحللون المعاملات الربوية يستندون في ذلك إلى مبررات زعموا أنها تحل هذا النوع من المعاملات، بل يزعم بعضهم أن الربا أصبح ضرورة اقتصادية؛ وأهم هذه المبررات هي:

1 - **المبرر الأول**: إن هذا النوع من التعامل أصبح ضرورة من الضرورات، سواء أكان ذلك في نطاق التعامل الدولي العام، أم في نطاق التعامل الخاص داخل الدولة، فالمصارف الدولية العامة جميعها لا تقرض إلا بفائدة تختلف قلة وكثرة، والمصارف الخاصة في داخل الدولة لا تقرض إلا بفائدة كذلك، فالمقترض بين أمرين:

---

(1) سورة الأنعام، الآية 119.

(2) سورة الطلاق، الآيتان 2 و3.

- إمـا أن يقترض بفائدة، وحينئذ يحصل على ما يطلبه من مال يستعين به على توفير قوته وقوت من يمون، أو كسوة تواري جسده وجسد أولاده، أو منزل يؤويهم من الحر والبرد، أو على تنمية تجارته أو صناعته، أو على فتح أبواب الرزق له إن كان عاطلا... إلخ، فيستفيد المقترض في نفسه، ويستفيد صاحب المال من ماله بما اتفقا عليه من فائدة، ويكون كل من الدائن والمدين قد استفاد.

- وإما أن لا يقترض بفائدة، وحينئذ قد يجوع ريعرى ويتشرد هو وأسرته، وتسد في وجهه سبل العيش والتكسب والعمل، وتضيع عليه فرص في الحياة كثيرة، ما كانت لتضيع لو أنه اقترض بفائدة، وفي هذا خسارة للأفراد، وبالتالي خسارة للأمة - وهذا كما يكون بالنسبة إلى الأفراد يكون بالنسبة إلى الدول أيضًا - وسلوك الطريق الأول أخف ضررًا من الثاني؛ هذا الكلام هو أقوى ما يتذرع به الداعون أو المجيزون للمعاملات الربوية.

- **الرد على هذا الزعم:** وفي الحق، إن هذا كلام يبدو ظاهره أن عليه مسحة من الحق، أو على الأقل كلام وجيه، ولكن عند التأمل والبحث والموازنة لا يبدو إلا أن يكون تلبيسًا وتمويها لأجل إحلال الحرام، وذلك لأن هذا الكلام إن جاز أن يقال في القروض الإنتاجية التي تستغل في صناعة أو تجارة أو زراعة، فكيف يجوز أن يقال في القروض الاستهلاكية التي يضطر إليها المحتاج للحصول على لقمة العيش له ولأهله وولده، أو للحصول على كسوة له ولولده، أو على ثمن دواء له أو أسرته، أو لدفع أجرة مسكن، أو لدفع مصاريف المدرسة أو الجامعة لأولاده، وغير ذلك من ضرورات الحياة القصوى؟ فبأي وجه يجيز العقل والإنصاف أخذ الفائدة من هذا المدين المضطر؟ إنه منطق الاستغلال!

أما القروض الإنتاجية فقد يظن أن المبرر في أخذ الفائدة فيها قوي، ولكنه في الحقيقة كسابقتها في فسادها، ذلك أن القول بأن أخذ الفائدة على القروض الإنتاجية مبني على افتراض أن المقترض سيزرع لا محالة، وسينجح مشروعه الذي اقترض بالفائدة لأجله، ولكن الملاحظ أن أي مشروع كثيرًا ما يتعثر، خاصة في أول أمره، بل كثيرًا ما يخسر، فبأي مبرر يدفع هذا المقترض الخاسر أو الذي لم يربح فوائد القرض؟ وإذا فرضنا أنه سيزرع، فمن الذي يضمن أنه سيربح ربحًا يسدد منه الفائدة ويبقى له ما يكون مجزيا له عن ثمرة كفاحه وتعبه، وما يبذل من عـرقه؟

ثم لماذا نجعل الدائن المرابي شريكًا في الربح ولا نجعله شريكًا في الخسارة؟ إن القاعدة في الإسلام أن «الغرم بالغنم» فمن «له الغنم فعليه الغرم»، وكذلك يقول العقل السليم؛ ولو لم يكن لهذا النوع الحرام من المعاملة بديل في الإسلام من المعاملات المشروعة لأمكن القول بأن لوجود مثل القرض مبررا معقولا، أما وهناك بديل في القراض أو المضاربة الشرعية فقد انتفت الضرورة، فما ذكر في مبررات إباحة الربا لا يكون في الحقيقة سائغا لا من الناحية العقلية ولا من الناحية الاقتصادية.

2 - **المبرر الثاني**: يقول بعضهم إن في الربا تعويضًا للدائن عما عسى أن يلحقه من الضرر بسبب إقراضه للغير، أو بسبب المماطلة في الدفع عند حلول الأجل.

والجواب: إن إمكان الضرر أمر متوهم قد يكون وقد لا يكون، فكيف نبني على أمر متوهم أمرًا محققًا، وهو أخذ الفائدة عوضًا عنه؟

وأيضًا فإن الشريعة الإسلامية جعلت للدائن أن يتحفظ على ماله بشتى وجوه التحفظ من رهن يضمن به الدين، أو كفيل يكفل المدين ويضمنه، إلى غير ذلك، ومن ثم لا يجوز أن نجعل لاحتمال الضرر ثمنًا وهو الفائدة.

3 - **المبرور الثالث**: يقول بعضهم إن إباحة الفائدة في الدين إنما هو نظير تأجيل الدائن المدين، ولهذا التأجيل قيمة مالية يترتب عليها عظم الفائدة أو قلتها، على حسب طول الأجل أو قصره، وللزمن قيمته عند المدين، فإذا لم ينل هذا التأجيل، أو استرد منه المال قبل أن يقضي به حاجته فلن تسير تجارته وصناعته البتة، فما له «إِذَنْ» لا يعطي نصيبًا من ربحه لمن أقرضه ومكنه من الانتفاع به؟

والجواب: إن الشريعة الإسلامية لا تقيم للتأجيل ثمنًا، لأنه أمر إنساني، وتقتضيه الأخوة والتكافل الإنساني العام، ومن المروءات التي لا يرتقب عليها الدائن أجرًا من المخلوق، وإنما ينتظر الأجر من الله على ذاك، وشتان ما بين أجر فان، وأجر باق خالد، وهذا الذي يدل عليه قوله تعالى: ﴿**وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ وَأَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَكُمْ**﴾[1]. أي فإذا وجد غريم معسر من غرمائكم فأنظروه وأمهلوه إلى وقت يتمكن فيه من الأداء، وتصدقكم على المعسر بوضع الدين عنه وإبرائه منه خير لكم من إنظاره؛ فهذا ندب إلى الصدقة والسماح للمدين المعسر، لما فيه من التعاطف والتراحم

(1) سورة البقرة، الآية 280.

بين الناس وبر بعضهم ببعض، وذلك من أعظم أسباب المعيشة وحسن حال الأمة، ويدل عليه قوله تعالى ﴿**مَنْ ذَا الَّذِي يُقْرِضُ اللَّهَ قَرْضًا حَسَنًا فَيُضَاعِفَهُ لَهُ أَضْعَافًا كَثِيرَةً وَاللَّهُ يَقْبِضُ وَيَبْسُطُ وَإِلَيْهِ تُرْجَعُونَ**﴾[1].

ولعلك على ذكر مما ذكرناه سابقًا في منزلة القرض الحسن من غير فائدة ولا نفع، وما أعده الله تعالى لمن ينظر المدين أو يضع عنه بعض الدين أو كله، هذا إلى أن الربح بسبب التأجيل غير مضمون، فقد لا يحصل ربح أصلا، بل قد يكون العكس وهو الخسارة.

وفي الحق، إن اختلاف النظر بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية يرجع إلى الاختلاف بين الحضارة الإسلامية وغيرها من الحضارات، غربية كانت أو شرقية:

فالحضارة الإسلامية تقوم على أساس من رعاية الجانب الروحي والمادي معا، إلا أن تغليب الجانب الروحي والإنساني والخلقي هو السمة البارزة في التشريعات الإسلامية، فمن ثم حرم الله الربا وجعل ثواب القرض أعظم من ثواب الصدقة - كما تقدم ذكره - وجعل إمهال المدين أو الحط عنه كلا أو بعضًا من أعظم القربات إلى الله؛ والسر في هذا أن تشريعاتها تقوم على أساس من دينها الذي هو جماع القيم الروحية والخلقية.

أما الحضارة الغربية وما شاكلها، فأساسها رعاية المادة، وتغليب الجانب المادي على الجانب الروحي، وعدم اعتبار الجانب الخلقي في كثير من قوانينها؛ وسواء في هذا منهم من لا يقر بالدين كالشيوعية، أو من لهم دين كالدول المسيحية، لأن هذه عملت من قديم على الفصل بين الدين والدولة، وعن طريقهم سرى داء الربا إلى المسلمين، مع أن الشرائع السماوية كانت سواءً في تحريم الربا، وأن ما يوجد في بعض كتب اليهود من تحريم على بعض الطوائف دون بعض، إنما هو أثر من آثار التحريف والتبديل اختلقه اليهود.

والإسلام دين إلهي شامل للعقيدة والشريعة والأخلاق والآداب، وكل ما يحتاج إليه البشر في تحصيل السعادتين الدنيوية والأخروية؛ فمن أراد تحصيل السعادتين فليأخذ به في كل شيء: في العقائد، والعبادات، والمعاملات، والسياسات، والمعاهدات،

---

(1) سورة البقرة، الآية 245.

والأخلاق، والاقتصاديات؛ وبذلك يوجد المجتمع الفاضل، كما كون في صدر الإسلام خير أمة أخرجت للناس، وخير مجتمع عرفته الدنيا في تاريخها الطويل.

وما أشبه الإسلام بالدواء المركب الذي يصفه الطبيب للمريض بنسب محدودة ونظام مخصوص في التناول والاستعمال، فإن جاء الدواء مستوفيا لجميع أجزائه وتناوله المريض بالطريقة التي وضعها له الطبيب، قضى على الداء وحقق الشفاء، وإن جاء على غير ذلك لم يحقق النفع المرجو، بل ربما ضر وآذى.

ثانيا البيوع المنهي عنها من أجل الضرر أو الغبن[1]:

وهذه نماذج منها:

1 - النجش:

النجش في أصل اللغة تنفير الصيد؛ يقال: نجش الرجل الصيد ينجشه نجشًا إذا استثاره لتحويله من مكان إلى مكان آخر ليسهل اقتناصه وصيده، ثم استعمل في استثارة حماس المساوم إلى الشراء بالمزاحمة الكاذبة، وسمي بذلك لأن الناجش يثير الرغبة في السلعة كما يثار الصيد.

وهو في الشرع: الزيادة في ثمن السلعة ممن لا يريد شراءها، بل يتظاهر بالرغبة في شرائها ويدفع أكثر من قيمتها، ليوهم غيره مزاحمة تغريه بالشراء.

والنجش حرام وخداع باطل، لا يختلف الناس في ذلك، فقد روى البخاري ومسلم عن ابن عمر أن النبي ﷺ «نَهَى عَنِ النَّجْشِ»، ولأن فيه تغريرًا بالمشتري، وخديعة له، وتمويها عليه، وإيهامًا له لحمله على التعاقد بغبن؛ وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال: «الخَدِيعَةُ فِي النَّارِ».

وقد يقع النجش بمواطأة من البائع وعلمه فيشتركان في الإثم، وقد يقع ذلك بغير علم البائع فيختص بالإثم الناجش، وقد يكون من البائع وحده، كما لو أخبر بأنه اشترى سلعة بكذا فادعى أكثر مما اشتراها به ليغر غيره بذلك.

---

(1) من مراجع المبحث:

بداية المجتهد، جـ 2 ص 124 - 125، والمغني جـ 4، ص 77 - 79، والشرح الكبير جـ 3، ص 67 - 71 .

حكم النجش إذا وقع: اختلف الأئمة في حكم هذا البيع إذا وقع، فقال قوم – وهم أهل الظاهر ورواية عن أحمد بن حنبل: هو بيع فاسد، لأن النهي عندهم يتضمن فساد المنهي عنه مطلقًا، وإن نهي عنه لمعنى ليس في نفس المنهي.

وذهب الأئمة: مالك والشافعي وأحمد في إحدى الروايتين عنه، إلى أن الشراء بالتناجش يقع صحيحا مع الإثم، لأن النهي هنا يعود إلى الناجش لا إلى العاقد، فلم يؤثر في البيع، إذ القاعدة عند أكثر الفقهاء أن النهي إذا ورد لمعنى في المنهي عنه تضمن الفساد، وذلك مثل النهي عن بيع الربا والغرر، أما إذا ورد النهي لمعنى ليس في نفس المنهي عنه لم يتضمن الفساد، ولا يفيده، كما في هذا النجش فيثبت بالخيار.

ولأن النهي عن النجش لحق آدمي، فلم يفسد العقد كبيع المدلس، وما كان النهي فيه لحق الآدمي يفارق ما كان لحق الله تعالى، فإن حق الآدمي يمكن جبره بالخيار أو زيادة الثمن، وما كان النهي فيه لحق الله لا جبر فيه كالربا والغرر، فلا يثبت بل يفسخ.

غير أن النجش لما كان وسيلة من وسائل التمويه على التعاقد، يعتبر عيبًا من عيوب الرضى، فيعطي للمشتري حق الخيار بين فسخ البيع وإمضائه إذا أدى إلى غبن المشتري غبنا لم تجر العادة بمثله – وهو الغبن الفاحش –؛ فإذا أدى إلى غبن يسير يتغابن بمثله الناس عادة فلا خيار له[1]، لأن تفادي الغبن اليسير عسير.

– هل هذا الخيار ثابت للمشتري، سواء أكان بمواطأة من البائع أو لم يكن؟ في ذلك خلاف:

أ – فقيل: يثبت الخيار له، سواء أكان بمواطأة من البائع وعلمه، أو لم يتواطأ ولم يعلم به؛ ووجه هذا القول أن النجش تغرير بالعاقد، فإذا غبن ثبت له الخيار، كما في تلقي الركبان.

ب – وقيل: إنما يثبت الخيار للمشتري إذا كان النجش بمواطأة من البائع مع الناجش، أو علم به وسكت حتى تم البيع، فللمشتري رد المبيع وله التمسك به دون تعويض، فإن لم يكن ذلك بمواطأة من البائع وعلمه، فلا خيار للمشتري ولا يفسد البيع، لأن التفريط

---

(1) الغبن اليسير: ما لا يتجاوز حدود التفاوت المعتاد بين الناس في الأسعار، والفاحش: هو ما يتجاوز حدود التفاوت المعتاد في الأسعار؛ والغبن اليسير لا تأثير له في نظر الفقهاء غالبًا، لأنه لا يمكن التحرز منه، فمتى ذكر الغبن في المواطن التي له فيها تأثير في المعاملات يراد به الغبن الفاحش وإن لم يصرحوا به أحيانًا.

منه، حيث اشترى ما لا يعرف قيمته، والبائع لا يتهم في هذه الحالة بقصد المغابنة لعدم علمه بفعل الناجش؛ وحيث جاز للمشتري الخيار بين فسخ البيع وإمضائه، فإن اختار الفسخ وكان المبيع قائمًا لم يفت رده، فإن فات المبيع لزمه الأقل من الثمن الذي اشتراه به وقيمته يوم القبض؛ ولو قال البائع كذبًا: أعطيت بهذه السلعة كذا، وصدقه المشتري، ثم ظهر كذبه وأنه لم يعط ما ادعاه، فالبيع صحيح، وللمشتري الخيار أيضًا بين الفسخ والإمضاء، لأن هذا في معنى النجش.

هذا الذي تقدم هو مذهب جمهور الأئمة، فالتناجش حرام، فاعله آثم، فإذا وقع بغبن ثبت للمشتري الخيار في فسخ البيع أو إمضائه على التفصيل السابق، لأنه يعتبر من عيوب الرضى.

وذهب الحنفية إلىأن التناجش لا يعتبر من عيوب الرضا، فلا يسوغ إبطال العقد بسببه، وذلك ترجيحًا لاستقرار التعامل بين الناس، قالوا غير أنه مكروه ديانة كراهة تحريم لما فيه من احتيال للإضرار بأخيه المسلم كذا قالوا؛ وضعفه ظاهر، لأن النجش غبن صحبه تغرير، فله الرد.

- واعلم أن النجش، أي الزيادة في الثمن ممن لا يريد الشراء ليرغب غيره في السلعة فيزيد في ثمنها، إنما يمنع إذا كانت السلعة قد بلغت قيمتها، بأن كان المشتري يطلبها من صاحبها بمثل ثمنها، لأنه في هذه الحالة احتيال للإضرار بأخيه المسلم ظلمًا.

فأما إذا كان المشتري يطلبها بأقل من قيمتها، فزاد رجل في ثمنها حتى بلغ بزيادته قيمتها، وهو لا يريد شراءها، فذلك جائز لا حرمة ولا كراهة فيه، بل قيل إنه مندوب، لأنه نفع مسلم من غير إضرار بغيره.

وللنجش صورة عكسية، فهو كما يقع من جانب البائع يقع من جانب المشتري، كما في بيوع المزايدة، بأن يتفق المشتري مع من ينافسه في شراء السلعة أن يكف عن منافسته فلا يتقدم للمزايدة عليه، وقد يكون ذلك في مقابل جُعل يعطيه إياه.

فإن كان المشتري قد اتفق مع جميع من ينافسه أو مع من في حكم الجميع كشيخ السوق أو مع أكثرهم حتى يكفوا عن منافسته، وحتى ينفرد بالتقدم لشراء السلعة فينزل من ثمنها ما يشاء، ويشتريها بثمن بخس، أو اتفق معهم على ألا يزيدوا على ثمن معين، كان ذلك حرامًا لما فيه من الضرر على البائع، لأن هذا مناجشة من المشتري كمناجشة البائع.

فإن وقع التواطؤ من المشتري وثبت ذلك ببينة أو إقرار من المشتري، كان للبائع الخيار في إمضاء الصفقة أو ردها؛ فإن فسخ استرد السلعة، فإن فاتته استرد الأكثر من القيمة أو الثمن، على حكم الغش والخديعة في البيع، وإن أمضى البائع البيع فمن حق من تواطأ معهم المشتري في الكف عن المزايدة أن يشاركوه في الصفقة إن كان فيها ربح، فإن حصل فيها تلف أو خسر، فهل للمشتري إلزام من تواطأ معهم في الكف عن المزايدة أن يشاركوه في الصفقة إن أبوا؟

فقيل من حقه أن يلزمهم الشركة في الصفقة إن نقصت أو تلفت، كما كان من حقهم أن يلزموه ذلك إن زادت، وكان في ربح؛ فهم شركاء بتواطئهم على ترك المزايدة زادت السلعة أو نقصت أو تلفت.

وقيل ليس له أن يلزمهم الشركة إذا نقصت أو تلفت، لأن الضرر في سؤالهم الكف عن المزايدة إنما كان على البائع، وهو قد رضي بالصفقة حيث أمضى، وأما المشتري فقد سلموا له لما سألهم الكف عن الزيادة، وأسقطوا حقهم في منافسته، ورضي هو بالشراء وحده، وحينئذ فلا يجبر واحد منهم على الشركة بحال، وهذا القول هو الصواب.

هذا كله إذا اتفق المشتري مع جميع من ينافسه، أو من في حكم الجميع كشيخ السوق، حتى يكفوا عن منافسته.

أما إن كان المشتري لم يتفق مع جميع المنافسين ومن في حكمهم أو أكثرهم، بل اتفق مع واحد من الحاضرين لسوم السلعة، أو مع قليل منهم، الكف عن المزايدة فيها ليشتريها هو برخص، فإن البيع يكون لازمًا، ولم يكن فيه خيار، لعدم تحقق الضرر عليه بذلك.

ثم إن المشتري إن كان قد جعل لمن سأله الكف عن المنافسة عوضًا من غير السلعة المبيعة، كَكُفَّ عن الزيادة ولك درهم، لزمه هذا العوض، سواء اشتراها أم لا، لأنه عوض على ترك الزيادة، وقد ترك، فلا يقال إنه من أكل أموال الناس بالباطل.

أما لو كان الكف بعوض من السلعة المبيعة ذاتها، بأن قال له: كُفَّ عن الزيادة ولك بعضها كربعها، فإن كان ذلك على وجه الشركة بين المشتري ومن طُلِبَ منه الكف عن المنافسة، بحيث يغرم ذلك الذي سئل الكف من الثمن ما ينوب البعض الذي جعله له السائل جاز ذلك.

وإن كان الكف بعوض على وجه العطاء مجانًا لم يجز، لأنه إن جاعله بجزئها على وجه العطاء، فقد جاعله بما لا قدرة على تسليمه، إذ هو في ملك الغير، وقد لا يبيع، وإن جاعله على وجه الشركة فالجعل سمسرة له في الجزء الذي سيشاركه.

وفي هذا الكلام نظر، إذ لا يخفى أن تحقق السمسرة والوكالة عنه في الشراء لا يكون إلا بتحقق البيع، وهو ليس في قدرة المشتري، إذا قد لا يبيع المالك، فقد جاعله أيضًا بما لا قدرة له عليه، فلا نرى فرقًا بين ما كان بعوض على وجه الشركة، وما كان بعوض على وجه العطاء.

2 - بيع الحاضر للبادي:

الحاضر: هو من كان من أهل الحضر، أي أهل المدن والقرى، والبادي: من كان من أهل البادية؛ وصورته أن يتقدم إلى البلد غريب بسلعة يريد بيعها بسعر الوقت في الحال، فإذا باع اتسع وإن لم يبع ضاق، فيأتيه بلدي فيقول له: ضعه عندي لأبيعه لك على التدريج ليغالى بذلك في القيمة؛ فالمراد بالبادي هنا من يدخل البلدة من غير أهلها، سواء كان القادم بدويا أوحضريا أو قرويا؛ فالنهي ينال البيع لكل غريب قدم بسلعته، يريد بيعها بسعر الوقت؛ وعلى هذه فالحكم منوط بالبادي ومن شاركه في معناه، وإنما ذكر البادي في الحديث لكونه الغالب، فألحق به من يشاركه في عدم معرفة السعر الحاضر، وفي إضرار أهل البلد، بالإشارة عليه ونصحه بألا يبادر بالبيع، وهذا قول الشافعية والحنابلة، وجعل المالكية البداوة قيدًا؛ قال مالك: فأهل القرى الذين من شأنهم أن يعرفوا أثمان السلع في الأسواق، فليسوا داخلين في ذلك، فالنهي خاص في القادمين بالسلع من البادية.

والأول أصح،لأن المعنى في النهي عن ذلك أنه متى ترك البدوي يبيع سلعته اشتراها الناس برخص ويوسع عليهم، فإذا تولى الحاضر بيعها وحبسها عن الناس ليغالي في قيمتها ضاق على أهل البلد، وهذا المعنى يشترك فيه البدوي وغيره من أهل المدن والقرى.

ومن جعل البدواة قيدًا في النهي - على ظاهر الحديث - يقول: إن الأصل عدم منع البيع للغير، إذ البيع له نصيحة، والدين النصيحة، ولكن لما كانت الأشياء عند أهل البادية أيسر من أهل الحضر، وهي عندهم أرخص، بل كثيرًا ما تكون مجانًا عندهم بلا ثمن، كره الشارع أن ينصح الحضريُّ البدويَّ إرفاقا بأهل الحضر، فيبقى من عدا البدوي

من القادمين بالسلع على الأصل من جواز أن ينصح الإنسان لغيره، فإذا كان القادم بالسلعة قرويًا أي ساكن قرية صغيرة، أو مدنيا، جاز أن يبيع لهما الحضري، لأنهما ليسا في معنى البدوي، لأن شأنهم أن يعرفوا أثمان السلع في الأسواق؛ وهذا مذهب مالك.

ودليل النهي عن بيع الحاضر للبادي قوله ﷺ: «لاَيَبِعْ حَاضِرٌ لِبَادٍ، دَعُوا النَّاسَ يُرْزَقُ بَعْضُهُمْ مِنْ بَعْضٍ»، رواه مسلم عن جابر.

وروى البخاري ومسلم عن أنس قال: «نهينا أن يبيع حاضر لباد، وإن كان أخاه لأبيه وأمه..» وقال ابن عباس رضي الله عنهما: نهى النبي ﷺ «أن تتلقى الركبان وَأَنْ يَبِيع حَاضِر لِبَادٍ»، فقيل له: ما قوله «حاضر لباد»؟ فقال: «لا يكون له سمسارًا» متفق عليه.

وكما يمنع البلدي من البيع للبادي، كذلك يمنع أن يخبر الحضريّ البدويَّ بسعر السوق ويعرفه به، لأن ذلك في معنى البيع، كما يشير إلى ذلك قوله عليه الصلاة والسلام: «دَعُوا النَّاسَ يَرْزُقُ اللَّهُ بَعْضَهُمْ مِنْ بَعْض».

دلت الأحاديث على حرمة بيع الحاضر للبادي، وهو مذهب جمهور الأئمة، لأن النهي للتحريم؛ وحضور البادي بالسلعة بنفسه ليس شرطًا في الحرمة، بل لو أرسل البدوي السلعة للحضري ليبيعها له، لم يجز للحضري أن يبيعها له، وقال بعضهم: يجوز أن يبيع الحضري للبدوي إذا أرسل إليه السلعة، لأنها في هذه الحالة أمانة اضطر إليها.

وقال الحنفية: إن النهي في هذه الأحاديث ونحوها نهي كراهة، وخاص بزمن القحط؛ فإذا كان ذلك يضر بأهل البلد بأن كان أهله في قحط من الطعام والعلف مثلا كان ذلك مما يكره من البياعات، فإن كانوا في خصب وسعة فلا بأس به لانعدام الضرر؛ وكذا إخباره بسعر السوق فلا يكره.

وحجة أبي حنيفة أن بيع الحاضر للبادي نصيحة له، وقد قال ﷺ: «الدِّينُ النَّصِيحَةُ»؛ ولما كان ظاهر النهي عن بيع الحاضر للبادي منافيًا لوجوب النصيحة وجب حمله على ما إذا كان ذلك مضرا بأهل البلد.

وذهب بعضهم إلى صحة بيع الحاضر للبادي بلا كراهة، وأن النهي الوارد عن ذلك خاص بأول الإسلام، لما كان عليهم من الضيق في ذلك، وهذا مروي عن الإمام أحمد في رواية شاذة عنه.

والمذهب الأول هو الصحيح لعموم النهي، فما يثبت في حقهم يثبت في حقنا، ما لم يقم دليل على اختصاصهم به، ولم يقم دليل على ذلك.

والحق أن بيع الحاضر للبادي ينطوي على ضرب من الاحتكار، إذ البادي يريد البيع بالرخص أو بسعر السوق، فيمسك السمسار السلعة ولا يعرضها في السوق جملة واحدة، بل يحبسها عن الناس وهم في حاجة إليها، فيقل العرض ويشتد الطلب على وجه لا يخلو من الاصطناع والتهيؤ لاستغلال الناس، فيبيع السمسار السلعة على ما يريده من الثمن، وهذا ضرر عظيم على الناس، وهو بعينه أحد الأسباب الذي لأجله حرم الاحتكار، فلا ينبغي التردد في منعه؛ وما ذكره المخالف من أن النهي عن بيع الحاضر للبادي مناف للنصيحة غير صحيح، إذ كيف يكون البيع له نصيحة مع إلحاق ضرر عام بالناس غالبًا، ودرء المفاسد مقدم على جلب المصالح، والمصلحة العامة مقدمة على الخاصة؟

شروط حرمة بيع الحاضر للبادي: يشترط لحرمته بما يلي:

أحدها: أن يكون الحاضر قصد البادي ليتولّى البيع له، أي يعرض الحضري ذلك على البدوي، فلو عرضه البدوي على الحضري لم يمنع، لأنه يكون حينئذ من النصيحة، فيدخل في عموم قوله «الدين النصيحة».

الثاني: أن يكون البادي جاهلا بالسعر، فلو كان عارفًا بثمن السلعة فيجوز بيعها له، وذلك لأن النهي لأجل أن يبيعوا للناس برخص، وهذه العلة إنما توجد إذا كانوا جاهلين بالأسعار، فإذا علموا بالأسعار فلا يبيعون إلا بقيمتها كما يبيع الحاضر، فيكون حينئذ بمنزلة بيعهم؛ وما قيل من أن البيع للبادي يمنع ولوكان عالمًا بالأسعار فضعيف.

الثالث: أن يكون قد جلب السلعة للبيع.

الرابع: أن يكون البادي القادم بالسلع مريدًا لبيعها بسعر يومها في الحال.

الخامس: أن يكون المتاع المجلوب مما للناس إليه حاجة وضيق في تأخر بيعه، فإن كان في المجلوب سعة والحاجة إليه قليلة بحيث لا يؤدي بيع الحاضر للبادي إلى شيء من الإضرار بهم، فالظاهر الإباحة، بل قد يكون أولى، وذلك إذا كان في السمسار وتوليه لذلك تيسير على أهل المصر.

وإذا اجتمعت هذه الشروط فالبيع حرام عند الأكثرين؛ واختلفوا في صحته وبطلانه:

فقيل: البيع صحيح مع الإثم، لأن النهي لمعنى في غير المنهي عنه، إذ النهي هنا ليس لذات البيع، بل العلة فيه الإضرار لأهل البلد، فلا يوجب فساد البيع، كالبيع وقت النداء، لأن النهي الوارد لسبب من خارج المنهي عنه لا يقتضي الفساد على الراجح.

وقيل: البيع باطل، لأنه منهي عنه، والنهي يقتضي الفساد، وهذا قول من يرى أن النهي يقتضي الفساد مطلقًا.

وفي مذهب مالك التفصيل: وهو أن بيع الحاضر لمن يمنع البيع له، يفسخ إن كان المبيع قائمًا لم يفت، وإن فات المبيع مضى بالثمن على المعتمد، وقيل بالقيمة.

ويؤدب كل من المالك صاحب السلعة، والحضري الذي باع له، والمشتري، وإن لم يعتادوا ذلك على الأظهر، لأن التأديب لحق الله تعالى؛ وقيل لا تأديب عليهم إلا إذا اعتادوا، ويعذر الجاهل منهم.

وهل الشراء للبادي كالبيع له فيمنع على الحضري أن يشتري له؟ في ذلك خلاف:

فقيل يمنع الشراء له كما يمنع البيع له سواء بسواء، قالوا: لا تبيعنَّ له شيئًا ولا تبتاعن له شيئًا.

وقيل: يصح الشراء له، وهذا هو الصحيح،لأن النهي عن بيع الحاضر للبادي غير متناول للشراء له بلفظه ولا هو في معناه، فإن النهي عن البيع للرفق بأهل الحضر، ليتسع عليهم السعر ويزول عنهم الضرر، وليس ذلك في الشراء لهم، إذ لا يتضرر أهل الحضر لعدم الغبن للبادين، بل الشراء لهم دفع الضرر عنهم، والخلق حضريين كانوا أم بدويين، في نظر الشارع على السواء، فكما شرع ما يدفع الضرر عن أهل الحضر، لا يلزم أن يلزم أهل البدواة الضرر، فيصح الشراء لهم.

وهل الإشارة من الحضري على القادم بعدم البيع بسعر الوقت من غير أن يباشر البيع له تكون كالبيع له فيمنع، لأن الإشارة بذاك نصح له، وذلك كمباشرة البيع، أو لا يعتبر كذلك، فيجوز؟ في ذلك خلاف: رخص في ذلك بعض السلف، ورأوا أن ذلك مجرد نصح، وكره مالك الإشارة بذلك.

واعلم أن من الناس من فسر قوله ﷺ: «لا يَبِيعُ الحَاضِرُ لِبَادٍ» على معنى لا يبيع الحاضر من البادي، فتكون اللام في «لباد» بمعنى «من»، فتكون صورة المسألة: أن يكون

للشخص طعام أو علف أو نحوهما لا يبيعه لأهل المصر، بل يبيعه من أهل البادية بثمن غال؛ والتفسير الذي ذكرناه في بداية البحث هو الأظهر، وهو أن يتولى السمسار البيع لأهل البادية ليغالي في القيمة، ولو تركه يبيع بنفسه لأرخص على الناس، لأنه الذي يوافق قوله: «دَعُوا النَاسَ يَرْزُقُ اللَّهُ بَعْضَهُمْ مِنْ بَعْضٍ».

3 - تلقي الركبان:

الركبان بالضم: جمع راكب، والمراد به هنا الجماعات الحاملة للسلع لعرضها للبيع في السوق، واختلف الفقهاء في تفسير معنى تلقي الركبان:

فقال بعضهم هو أن يسمع إنسان خبر قدوم قافلة بميرة عظيمة فيتلقاهم الرجل ويشتري جميع ما معهم من الميرة، ويدخل المصر (المدن) فيبيع على ما يشاء من الثمن.

وقال بعضهم: تفسيره هو أن يتلقاهم فيشتري منهم بأرخص من سعر البلد وهم لا يعلمون سعر البلد؛ وكلا التفسرين صحيح، فقد روي أنهم كانوا يتلقون الأجلاب فيشترون منهم الأمتعة قبل أن يهبطوا الأسواق، فربما غبنوهم غبنًا بيّنًا فيضرونهم، وربما أضروا بأهل البلد، لأن الركبان إذا وصلوا باعوا أمتعتهم لمن تلقاهم، والذين يتلقونهم لا يبيعونها سريعًا، ويتربصون بها السعر، فهو في معنى بيع الحاضر للبادي؛ فنهى النبي ﷺ عن ذلك، فروى ابن عباس رضي الله عنهما، قال: قال رسول الله ﷺ: «لاَ تَلَقَّوْا الرُّكْبَانَ وَلاَ يَبِعْ حَاضِرٌ لِبَادٍ»، وعن أبي هريرة مثله، متفق عليهما، وفي رواية: «لاَ تَلَقَّوْا السِّلَعَ حَتَّى يُهْبَطَ بِهَا إِلَى السُّوقِ».

وهذا البيع حرام عند أكثر أهل العلم، منهم الأئمة مالك والشافعي وأحمد بن حنبل والليث بن سعد والأوزاعي وغيرهم؛ وروي عن أبي حنيفة أنه يكره ولا يحرم، وروي عنه أيضًا أنه لم ير بذلك بأسًا؛ وقول الأكثرين هو الصحيح، لأن النهي للتحريم، ولا يوجد ما يصرفه عنه، والقول بأنه جائز لا بأس به مخالف لصريح الحديث فلا يلتفت إليه، والسُّنّة أحق أن تتبع.

فإن خالف وتلقى الركبان واشترى منهم فالبيع صحيح عند الجميع، ولكن حكي عن أحمد رواية أخرى: أن البيع فاسد لظاهر النهي؛ وعدم فساده هو الأصح، لأن أبا هريرة روى أن رسول الله ﷺ قال: «لا تَلَقَّوْا الجلَبَ، فَمَنْ تَلَقَّاهُ فَاشْتَرَى مِنْهُ فَإِذَا أَتَى السُّوقَ فَهُوَ بِالْخِيارِ»، رواه مسلم؛ ومعلوم أن الخيار لا يكون إلا في عقد صحيح، ولأن النهي

هنا ليس لمعنى في ذات البيع، بل يعود إلى ضرب من الخديعة يمكن استدراكها بإثبات الخيار، فأشبه بيع المصراة.

وفي معنى التلقي شراء السلعة على الصفة من صاحبها المقيم أو القادم قبل وصولها، والحال أن المشتري في البلد، ولو كان ما يشتريه طعاما لقوته، فيمنع.

وينهى المتلقي للسلع عن تلقيها، فإن عاد أدب، ولا تنزع منه السلعة لعدم فساد البيع، وهل يباع عليه ما اشتراه بالتلقي ليشترك معه من يشاء من أهل السوق في الصفقة التي استأثر بها، بحيث يجبر على عرضها على أهل السوق، إن كان لها سوق، وإلا فعلى أهل البلد، أم يختص الملتقي بالسلعة التي تلقاها؟ في ذلك قولان في مذهب مالك.

وظاهر إطلاق النهي عن التلقي في الحديث يعم المسافة القريبة والبعيدة، ويكون ابتداؤه خارج السوق الذي يباع فيه المجلوب، ولكن هل المقصود هو هذا الإطلاق، أم النهي مقيد بما إذا كان أقل من ستة أميال، فإذا كان ستة أميال فلا يحرم، لأن هذا سفر لا تلقٍّ؟ وقيل النهي إذا كان التلقي على مسافة فرسخ، أي ثلاثة أميال، فلا يحرم التلقي إذا كان على مسافة أكثر منها، وقيل إن النهي إذا كان التلقي على مسافة ميل، فإن كان على مسافة أزيد من الميل فلا يحرم، فقد قيل بكل هذه الأقوال؛ والأول أرجحها.

ويناسب كون التلقي إنما يعتبر من خارج السوق من جهة المعنى، أنه موضع التغرير وجهالة سعر البلد، ولا تنكشف له الحقيقة إلا ببلوغه السوق؛ فلو فرض تقصيرهم عن طلب الحقيقة بعد بلوغهم إليه لم يضر، إذا أتوا من أنفسهم.

ولا بد أن يكون الملتقي عالمًا بالنهي عنه، فلا تأديب على الجاهل لعذره بالجهل، وأن يخرج قاصدًا للتلقي، فإن خرج لشغل آخر فلقي ركبًا مقبلا فاشترى منهم، ففي كونه عاصيًا بذلك قولان:

أحدهما: ليس له الابتياع منهم ولا الشراء، لأنه إنما نهي عن التلقي دفعا للخديعة والغبن عنهم، وهذا متحقق، سواء قصد التلقي أو لم يقصد، فوجب المنع كما لو قصد، فيكون عاصيًا بالشراء.

والقول الآخر: إنه لا يحرم عليه الشراء منهم، لأنه لم يقصد التلقي بخروجه، فلم يتناوله النهي، لأن صيغة التلقي تشعر بالتكلف لفعله والقصد إليه، فهو لم يتكلف الخروج لذلك.

والأول أظهر، إذ العبرة بمآل الأفعال، ومآل الشراء منهم توقع الغبن والخديعة، فيمنع سواء قصد بخروجه التلقي أو لم يقصد.

وجاز لمن منزله أو قريته على نحو ستة أميال الاشتراء من السلع المجلوبة لبلد مطلقًا، أي سواء كان لها سوق في البلد المجلوب إليها أم لا، وسواء كان الشراء للتجارة أو للقوت، فيجوز، لأن هذا ليس من التلقي المنهي عنه، لأن المتلقي هو الذي يخرج من البلد الذي تجلب إليه السلع، وهذا مرت عليه وهو في منزله أو قريته الساكن بها، فلم يكن متلقيا.

وأما من كان منزله على مسافة يمنع التلقي منها، وهو ما كان دون ستة أميال، فإن كان للسلعة سوق في البلد تباع فيه، جاز اشتراء ما يحتاجه لقوته فقط مما مر عليه من السلع، فإن لم يكن لها سوق في البلد المجلوب إليها، بأن تباع في البيوت أو في الطرقات التي ليست سوقا في العادة، جاز شراؤها لمن منزله دون ستة أميال ولو للتجارة، قبل وصولها، لأن العلة الرفق بأهل السوق حتى لا ينقطع عنهم ما لأجله جلسوا، فحيث لا سوق للسلعة في البلد فلا مانع من أخذها ولو للتجارة.

وبعد وصول السلعة البلد، فلا يجوز الشراء للقوت أو التجارة حتى تصل إلى السوق إن كان لها سوق، لقول ابن عمر أن النبي ﷺ «نَهَى أَنْ تُتَلَقَّى السِّلَعُ حَتَّى يُهْبَطَ بِهَا الأَسْوَاقَ»، رواه البخاري؛ فإن لم يكن لها سوق جاز الشراء بمجرد الوصول، ولو تلقى الجلب في أعلى السوق قبل الوصول إلى وسطها فلا بأس بذلك، لقوله ﷺ: «حَتَّى يُهْبَطَ بِهَا السُّوقَ»، وأعلى السوق منها، ولأنه إذا صار في السوق فقد صار في محل البيع والشراء، فلم يدخل في النهي كالذي وصل في وسطها.

* إذا تقرر ما تقدم، فهل للبائع الخيار في إبطال العقد وإمضائه إذا هبط السوق فوجد أن من تلقاهم فباعهم أو ابتاع منهم قد غبنوه؟ في ذلك خلاف منشؤه اختلافهم في علة النهي.

1 - فقال مالك وأصحابه: إن العلة في النهي عن تلقى الركبان لما يفوت به من الرفق لأهل السوق، لئلا ينقطع عنهم ما له جلسوا من ابتغاء فضل الله تعالى، أو ينفرد الملتقي برخص السلعة دونهم، ورأى أنه لا يجوز أن يشتري أحد سلعة حتى تدخل السوق على التفصيل السابق، فإذا وقع فلا يفسخ بل هو صحيح، ولكن يشرك المشتري أهل

الأسواق في تلك السلعة التي من شأنها أن يكون ذلك سوقها، وقيل: بل يختص به البائع، فلا يجبر على عرضها على أهل السوق، وعلى كل فلم يجعلوا للبائع خيارًا.

وقال الأكثرون: إن المقصود بالنهي إنما هو لأجل البائع لئلا يغبنه الملتقى، لأن البائع يجهل سعر البلد، فإذا وقع قَرَبُ السلعة بالخيار، إن شاء أنفذ البيع وإن شاء رده، لقوله ﷺ: «لاَتَتَلَقَّوْا الجلَبَ، فَمَنْ تَلَقَّى مِنْهُ شَيْئًا فَاشْتَرَاهُ فَصَاحِبُهُ بِالخَيَارِ إِذَا أَتَى السُّوقِ»، رواه مسلم عن أبي هريرة؛ وهذا صريح في ثبوت الخيار للبائع إذا علم أنه قد غبن، ولأن فيه تغريرا بأصحاب السلع، فيثبت لهم الخيار كبيع المصراة.

وظاهر الحديث ثبوت الخيار للبائع، سواء وقع الغبن من الملتقي أو لم يقع، وليس على ظاهره، بل الأرجح أنه لا خيار له إلا مع الغبن، لأنه إنما ثبت لأجل توقع الخديعة ودفع الضرر، ولا ضرر مع عدم الغبن، ويحمل إطلاق الحديث في إثبات الخيار على هذا لعلمنا بمعناه ومراده، لكونه معنى يتعلق الخيار بمثله، ولأن النبي ﷺ جعل له الخيار إذا أتى السوق، فيفهم منه أنه أشار إلى معرفته بالغبن في السوق، ولولا ذلك لكان الخيار له من حين البيع؛ ثم ينبغي أن يتقيد الغبن بما يخرج عن العادة، وهوما يتجاوز حدود التفاوت المعتاد في الأسعار بين الناس عند التعامل، لأن ما دون ذلك لا ينضبط، وقاعدة الشرع تقضي بأن الغبن اليسير لا تأثير له غالبًا، لأنه لا يمكن التحرز منه.

وهذا مذهب الشافعي وأحمد، وعليه الأكثرون، وهو الراجح، وما ذكره أصحاب مالك رضي الله عنه من أن علة النهي عن تلقي الركبان هي ما يفوت به من الرفق على أهل السوق غير مسلم، لأنه مخالف لمدلول الحديث، فإن النبي ﷺ جعل الخيار للبائع إذا دخل السوق، وهم لم يجعلوا له خيارًا، وَجَعْلُ النبي ﷺ الخيار له يدل على أن النهي عن تلقي الركبان لحقه لا لحق غيره، ولأن الجالس في السوق كالملتقي في أن كل واحد منهما مُبْتَغٍ لفضل الله تعالى، فلا يليق بالحكمة منع عقد أحدهما وإلحاق الضرر به دفعا للضرر عن مثله، وليس رعاية حق الجالس أولى من رعاية حق الملتقي.

والأصل عدم المنع من ذلك، لأنه منع للتجار من تحصيل أرزاقهم وكسب معيشتهم بتلقي الركبان والشراء منهم قبل الوصول إلى السوق، وتحقيق بعض الأرباح، وذلك أمر تقتضيه الحاجة ومصلحة ظاهرة، فلا يليق المنع منه لولا أنه تغرير لأرباب السلع وإضرار بهم، ولهذا لا يثبت حق الخيار بمجرد وقوع الشراء بالتلقي، بل لا بد من معرفتهم أنهم

غبنوا، ضرورة أنه إنما شرع لدفع الضرر، ولا ضرر مع عدم الغبن، على أننا نختار أن المقصود من النهي عن التلقي رعاية المصلحتين: مصلحة أهل السوق لئلا ينفرد الملتقي برخص السلعة دونهم، ومصلحة البائع لِئَلاً يغبنه الملتقي فيشتري منه بأرخص من سعر البلد مستغلا عدم علمه بالسعر، فقد روي في سبب النهي عنه أنهم كانوا يتلقون الأجلاب فيشترون منهم الأمتعة قبل أن تهبط الأسواق، فربما غبنوا الجالبين غبنًا بيّنًا فيضرونهم، وربما أضروا بأهل البلد، لأن الركبان إذا وصلوا باعوا أمتعتهم للمتلقين، وهم لا يبيعونها سريعًا ويتربصون بها السعر، فكان في معنى بيع الحاضر للبادي في أن فيه تضييقًا على أهل البلد.

ولكن كون المقصود أولا وبالذات هو رعاية مصلحة البائع هو الراجح، بدليل إثبات الخيار له دون غيره في الحديث السابق، ولأن علة النهي إذا كانت لمصلحة أهل السوق لا تكون منضبطة، إذ لا يمكن اشتراك أهل السوق كلهم في الحاجة إلى السلعة غالبًا، أما إذا كانت العلة هي التغرير بأصحاب السلع، فإنها تكون منضبطة محددة، لأن التغرير الذي يثبت الخيار للبائع مقيد - كما تقدم - بما يخرج عن العادة، وهو الذي لا يدخل تحت تقويم المقومين، وهذا محدد منضبط، والتعليل بالوصف المنضبط مقدم، على أننا لسنا بحاجة إلى كل هذا ما دام الحديث كالصريح على أن النهي عن تلقي الركبان لحق البائع لا لحق غيره.

هذا، وذهب الحنفية إلى أن تلقي الركبان مكروه فقط، وأن البائع لا خيار له، لأن البيع لازم له، وأنه لا يكره إلا إذا كان أهل المدن في قحط وغلاء، فيخرج إلى قافلة معهم طعام ويتلقاهم ويشتري منهم جميع طعامهم، ويدخل به المدن ويبيعه على ما يريده من الثمن، وأما إذا كان أهل المصر (المدن) لا يتضررون بذلك، فإنه لا يكره، وهذا المذهب ظاهر كونه على خلاف ما دل عليه الحديث من إثبات الخيار للبائع، كما أن تقييد المنع بحالة القحط والغلاء يخالف الظاهر.

واعلم أن البيع للركبان ما يريدون شراءه كالشراء منهم، فمن تلقاهم فباعهم شيئًا فهو بمنزلة الشراء منهم، ولهم الخيار إذا غبنوا غبنًا يخرج عن العادة، لقوله ﷺ: «لاتَلَقَّوْا الرُّكْبَانَ»، والبائع داخل في هذا، ولأن النهي عنه لما فيه من خديعتهم وغبنهم، وهذا في البيع مثله في الشراء، والحديث قد جاء مطلقًا، بل لو كان مختصًا بالشراء لألحق به ما

في معناه؛ ومن الناس من قال: النهي عن الشراء دون البيع لهم، فلا يدخل البيع فيه، فلا يمنع؛ والقول الأول أصح، لأن البيع لهم كالشراء منهم.

4 - بيع العربون:

يقال عربون وأربون بضم أولهما وفتحه، ويقال أيضًا عربان وأربان بضم أول كل، قيل سمي بذلك لأن فيه إعرابًا لعقد البيع، أي إصلاحًا وإزالة فساد، لئلا يملكه غيره باشترائه.

وهو في اصطلاح الفقهاء: أن يشتري السلعة ويدفع المشتري إلى البائع شيئًا من الثمن، على أنه إن كره البيع ولم يأخذ السلعة لم يعد إليه ما أعطاه فيكون للبائع، وإن أخذ السلعة حاسبه به من الثمن أو تركه مجانًا؛ ومثل البيع في ذلك الإجارة، فلا فرق بين الذوات والمنافع.

وقد اختلف الناس في حكم بيع العربون بهذه الصورة:

1 - فذهب جمهور الفقهاء إلى عدم صحة هذا البيع، لأنه من أكل أموال الناس بالباطل، واحتجوا على بطلانه بما يلي:

أولا: إن النبي ﷺ «نهى عن بيع العربون»، رواه ابن ماجه؛ وأجيب بأنه حديث ضعيف لا تقوم به الحجة.

ثانيا: إن العربون اشتراط للبائع بغير عوض، فلا يصح، كما لو شرط لأجنبي، وهذا شرط فاسد يبطل به العقد.

وأجيب بأنا لا نسلم أن العربون اشتراط بغير عوض، بل العوض موجود وهو الانتظار بالبيع، وتوقيف السلعة حتى يختار المشتري، وتفويت فرصة البيع من شخص آخر لمدة معلومة.

ثالثا: إن العربون بمنزلة الخيار المجهول، إذ اشترط المشتري خيار الرجوع في البيع من غير ذكر مدة، كما لو قال: ولي الخيار متى شئت رددت السلعة ومعها درهم، والخيار المجهول المدة باطل.

والجواب: إن بيع العربون ليس بمنزلة الخيار المجهول، إذ المشتري إنما يشترط خيار الرجوع في البيع مع ذكر مدة معلومة، إن لم يرجع فيها مضت الصفقة وانقطع الخيار.

والقائلون ببطلان بيع العربون يقولون: إن وقع وجب فسخه، ويكون على البائع أن يرد الثمن، وما اشتمل عليه من العربون، ويكون على المشتري أن يرد المبيع، فإن فات المبيع بهلاك أو نحوه مضى بالقيمة، ويحسب منها العربون، لا بالثمن، لأن البيع باطل.

2 - وذهب الإمام أحمد إلى جوازه بهذه الصورة الممنوعة عند جمهور الفقهاء، وهي أن يدفع المشتري العربون للبائع ثم يتركه له إذا كره البيع، وقد روي تجويز ذلك عن كثير من السلف، ومستند هذا الرأي ما وري عن نافع بن الحارث أنه اشترى لعمر بن الخطاب دار السجن من صفوان بن أمية، «فإن رضي عمر وإلا فله كذا وكذا»؛ قيل لأحمد: تذهب إليه؟ قال أي شيء أقول؛ هذا عمر رضي الله عنه.

والقول بأن العربون من أكل أموال الناس بالباطل غير صحيح، وقد قدمنا أن العوض هو تفويت المشتري على البائع فرصة البيع من شخص آخر لمدة معلومة.

على أن هناك صورة تقرب من بيع العربون وليست إياه، ومع ذلك تصح في رأي من يقول ببطلان العربون، وهي أن ينعقد البيع باتا ثم يندم البائع فيعرض على المشتري أن يقيله من البيع في مقابل مقدار من المال، قال مالك رضي الله عنه في الرجل يبتاع بمائة دينار إلى أجل، ثم يندم البائع فيسأل المبتاع أن يُقيله بعشرة دنانير يدفعها إليه نقدًا أو إلى أجل، ويمحو عنه المائة دينار التي له، قال مالك: «لا بأس بذلك»، وهذا كما ترى عدول عن البيع بمقابل.

والفرق الوحيد بين بيع العربون وهذا البيع، أن جواز عدول البائع عن البيع بمقابل كان معتبرًا منذ البداية في بيع العربون، وهو احتمال يدخل في العقد الغرر فيفسده، أما هذا البيع فقد انعقد باتًّا دون أن يدخله وقت انعقاده احتمال الرجوع فيه بمقابل، فخلا من الغرر، فانعقد صحيحًا، ثم تقايل المتعاقدان باختيارهما في مقابل مبلغ معين يعطيه البائع للمشتري، ولكنه على كل حال يقرب من بيع العربون مع هذا الفارق، من حيث إن فيه عدولا عن البيع بمقابل، فيمكن تصحيح بيع العربون قياسًا على هذه الصورة التي يسلمها المخالف.

3 - ومن الناس من يرى الشراء الذي اشترى لعمر ليس فيه ما يدل صراحة على أن يدفع المشتري العربون للبائع ثم يتركه له إذا كره البيع، بل يحتمل وجها آخر، وهو أن يدفع المشتري إلى البائع درهما أو أكثر قبل البيع، ويقول له: لا تبع هذه السلعة لغيري،

ثم إن لم أشترها منك فهذا الدرهم لك، ثم اشتراها منه بعد ذلك بعقد مبتدأ وحسب ما دفع قبل البيع من الثمن، فإن هذا البيع - وهو العقد المبتدأ - صحيح، لأنه انفصل عن العربون وصار عقدًا مستقلا، فخلا عن الشرط الفاسد، ويحتمل أن الشراء الذي اشترى لعمر كان على هذا الوجه، فحمله على هذا أولى، جمعا بين فعله وبين الخبر المروي في النهي عن بيع العربون، وفي ذلك أيضًا موافقة القياس، إذ القياس عدم صحة اشتراط شيء بغير عوض، والعربون اشتراط للبائع بغير عوض، فهو خلاف القياس، وفي ذلك أيضًا موافقة الأئمة القائلين بفساد بيع العربون؛ وإن لم يشتر السلعة في هذه الصورة لم يستحق البائع الدراهم، لأنه يأخذه من دون عوض، ولصاحبه الرجوع فيه، ولا يجوز جعله عوضًا عن انتظاره وتأخر بيعه من أجله، لأنه لوكان عوضًا عن ذلك لما جاز جعله من الثمن في حال الشراء، ومع ذلك فإن مذهب الإمام أحمد هو الذي تميل إليه النفس.

وأما الصورة المتفق على صحتها من بيع العربون فهي التي لا غرر فيها، وهي صورة ما إذا اشترى شيئًا وأعطى عربونًا على أنه إن كره البيع أخذه أي استرده، وإن رضيه حاسبه به من الثمن، قال مالك: فلا بأس به؛ وفي هذه الصورة يكون العربون جزءا معجلا من الثمن إذا اختار المشتري إبرام البيع، أما إذا كره البيع ولم يبرمه، كان العربون في يد البائع دون سبب، فيرده إلى المشتري؛ والله أعلم.

الباب الثاني

في العقود المشاكلة للبيع

وفيه سبعة فصول

الفصل الأول

في الإجارة والكراء[1]

أولا: تعريفها:

تعريف الإجارة لغة:

مأخوذة من الأجر الذي هو الثواب والجزاء، ومنه سمي ثواب الآخرة أجرًا، وهي مثلثة الهمزة، بكسرها وفتحها وضمها، والكسر أفصح[2]، وهي مصدر أجر بالقصر، يقال أجر إجارة ككتب كتابة، ويقال أيضًا آجر إيجارًا كأكرم إكرامًا؛ وهذا الممدود قد يستعمل أيضًا من باب المفاعلة فيقال: آجر مؤاجرة وإجارًا كقاتل مقاتلة وقتالاً[3].

تعريف الإجارة شرعًا:

وهي في الشرع: تمليك منافع شيء، مباحة مدة معلومة بعوض.

فقوله «تمليك»: جنس يشمل الإجارة وغيرها.

وقوله «منافع»: خرج به البيع والهبة والصدقة لأنه تمليك ذات ، وخرج كذلك النكاح، لأنه من باب تمليك الانتفاع لا من باب تمليك المنفعة، إذا مقتضى عقد النكاح أن يباشر الزوج منفعته بنفسه خاصة، وليس له أن يمكن غيره من تلك المنفعة لكونه لا

---

(1) من مراجع هذا الباب:

بداية المجتهد، جـ 2، ص 165 - 176، والذخيرة للقرافي، جـ 5، ص 372 - 544، والشرح الكبير للدردير بحاشية الدسوقي، جـ 4، ص 3 وما بعدها، والخرشي على خليل، جـ 7، ص 2 – 59، والكواكب الدرية، جـ 3، ص 277 وما بعدها، والمغني لابن قدامة، جـ 6، ص 3 وما بعدها.

(2) وقد غلب وضع الفِعالة بالكسر للصنائع نحو: الصناعة والخياطة والنجارة، ووضع الفَعالة بالفتح لأخلاق النفوس الجبَليّة نحو: السماحة والشجاعة والفصاحة، والفُعالة بالضم لما يطرح من المحقرات نحو: الكناسة، والقلامة، والنخالة، والفضالة.

(3) هذا في الإجارة أو الإيجار بمعنى الثواب، وأما الإجارة من السوء ونحوه، كقولنا أجارنا الله من المصيبة مثلا، فهي من أجار إجارة كأعاذ إعاذة وأقام إقامة، وأما أجَّرَ من التأجير، فليس من الأجر الذي هو الثواب والجزاء، وإنما يقال أجر الطين جعله آجرًا، وهو الطين المشوي الذي يبنى به، واستعمال التأجير في الإجارة والكراء خطأ.

يملكها، بخلاف الإجارة فإنها تمليك منفعة؛ وتمليك المنفعة عبارة عن الإذن للشخص في أن يباشر هو بنفسه أو يمكن غيره من الانتفاع، فمن استأجر دارا فله أن يؤاجرها من غير ه، أو يسكنه بغير عوض، وأن يتصرف في هذه المنفعة تصرف الملاك في أملاكهم على جري العادة؛ فهي تمليك مطلق في زمن خاص حسبما تناوله عقد الإجارة، ويكون تمليك تلك المنفعة في المدة المذكورة كتمليك الرقاب في التصرف.

ويخرج بقوله «تمليك منافع»: كذلك عقد كل من القراض والمساقاة والمغارسة، فإنه يقتضي أن رب المال ملك من العامل الانتفاع به ولم يملك المنفعة، بدليل أنه ليس له أن يعاوض على ما ملكه من العامل من غيره، ولا أن يؤاجره ممن أراد، بل يقتصر على الانتفاع بنفسه على الوجه الذي اقتضاه العقد.

وأما ما ملكه العامل في القراض والمساقاة فهو ملك عين، لا ملك منفعة ولا ملك انتفاع، وتلك العين هي ما يخرج من ثمرة في المساقاة أو يحصل من ربح في القراض، فيملك نصيبه على الوجه الذي اقتضاه العقد.

كما يخرج الوقف في بعض صوره، وهو ما إذا كان قول الواقف ظاهرًا في تمليك الانتفاع فقط، كما لو قال الواقف: وقفت هذا على سكنى طلبة العلم مثلا، ولم يزد على ذلك؛ وهذا يقتضي أنه إنما ملك الموقوف عليه الانتفاع بالسكنى دون تمليك المنفعة، فليس للموقوف عليه أن يؤاجر غيره وأن يسكنه إلا بتلك الصفة، ولو ملكه المنفعة لجاز له التصرف فيها والانتفاع بها بجميع أنواع الانتفاع.

وقوله «مدة معلومة»: خرجت به الجعالة، لأنها يشترط في صحتها عدم الأجل كما سيأتي.

وقوله «بعوض»: خرج به الإيصاء بالمنفعة والعارية، والاستخدام، والوقف إذا كانت الصيغة الصادرة من الواقف تفيد تمليك المنفعة إما صراحة، أو بالقرائن القائمة مقام التصريح بتمليك المنفعة؛ فذلك كله تمليك منفعة كالإجارة، ولكنها بغير عوض.

وهذا التعريف يتناول تمليك منافع جميع الأشياء، آدميا كان أو غيره، وسواء كان ذلك الغير لا يقبل النقل كالدور والأرضين، أو يقبل النقل كالسفن والرواحل والثياب والحلي والأواني وغيرها، فهو شامل لما يطلق عليه اسم الإجارة والكراء، وهما شيء واحد في المعنى، غير أن الفقهاء قد يخصون اسم الإجارة بالعقد على منافع الآدمي،

ومنافع ما ينقل غير السفن والحيوان، كالثياب والحلي والسلاح والأواني والآلات، ويخصون اسم الكراء بالعقد على منافع ما لا ينقل، كالأرض والدور، وما ينقل من سفينة وحيوان، وهذا هو الغالب؛ وقد يقع العكس، فيطلق على العقد على منافع الآدمي ومنافع ما ينقل غير السفن والحيوان كراء، ويطلق على العقد على منافع ما لا ينقل ومنافع السفن والحيوان إجارة؛ وهذا كله مجرد اصطلاح ولا مُشَاحّةَ في الاصطلاح.

ثانيا: مشروعيتها:

الأصل في مشروعية الإجارة الكتاب والسُّنّة والإجماع:

أما الكتاب فقوله تعالى ﴿وَإِن أَرَدتُّمْ أَنْ تَسْتَرْضِعُوا أَوْلاَدَكُمْ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا سَلَّمْتُم مَّا آتَيْتُم بِالمَعْرُوفِ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ﴾[1]. وقوله تعالى: ﴿فَإِنَ اَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾[2]، وقوله تعالى: ﴿قَالَتِ احْدَاهُمَا يَا أَبَتِ اسْتَاجِرْهُ إِنَّ خَيْرَ مَنِ اسْتَاجَرْتَ القَوِيُّ الاَمِينُ، قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنُ انكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَاجُرَنِي ثَمَانِيَ حِجَجٍ فَإِنَ اَتْمَمْتَ عَشْرًا فَمِنْ عِنْدَكَ﴾[3]، وذلك حكاية عن نبيّه شعيب مع موسى عليهما الصلاة والسلام، وقال تعالى: ﴿فَوَجَدَا فِيهَا جِدَارًا يُرِيدُ أَن يَّنقَضَّ فَأَقَامَهُ قَالَ لَوْ شِئْتَ لَتَخَذْتَ عَلَيْهِ أَجْرًا﴾[4].

وأما السنة، فما ثبت أن رسول الله ﷺ وأبا بكر «استأجرا رجلاً من بني الديل يقال له عبد الله بن أريقط، وكان هاديًا خِرِّيتًا» أي ماهرًا، رواه البخاري، وعن أبي هريرة رضي الله عنه، أن رسول الله ﷺ قال: «قال الله عز وجل: ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة: رجل أعطى بي ثم غدر، ورجل باع حرًا فأكل ثمنه، ورجل استأجر أجيرًا فاستوفى منه ولو يوفه أجره»، رواه البخاري، وعن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال النبي ﷺ: «ما بعث الله نبيًا إلا رعى الغنم، فقال أصحابه: وأنت، قال: نعم، كنت أرعاها على قراريط لأهل مكة»، رواه البخاري.

---

(1) سورة البقرة، الآية 233.

(2) سورة الطلاق، الآية 6.

(3) سورة القصص، الآيتان 26 - 27.

(4) سورة الكهف، الآية 77.

والأخبار في هذا كثيرة، وقد كان الصحابة رضي الله عنهم يؤجرون أنفسهم في عصره ﷺ، ويعملون الأعمال المختلفة، فهذا علي رضي الله عنه «أجر نفسه من يهودي يسقي له كل دلو بتمرة»، رواه البيهقي وابن ماجه.

هذا وأجمع أهل العلم في كل عصر على مشروعية الإجارة إلا ما يحكي عن عبد الرحمٰن بن الأصم أنه قال: لا تجوز الإجارة لكونها غررًا، إذ يعقد على منافع لم تخلق، فهو بيع ما لم يقدر على تسليمه عند العقد.

وهذا غلط لا يمنع مثله انعقادَ الإجماع الذي سبق في الأعصار وسار في الأمصار، والحكمة أيضًا دالة عليها، فإن الحاجة إلى المنافع كالحاجة إلى الأعيان، فلما جاز العقد على الأعيان وجب أن تجوز الإجارة على المنافع؛ ولا يخفى ما بالناس من الحاجة إلى ذلك، فإنه ليس لكل أحد دار يملكها، ولا يقدر كل مسافر على سيارة يملكها، ولا يلزم أصحاب الأملاك إسكانهم وحملهم تطوعًا، وكذلك أصحاب الصنائع يعملون بأجر، ولا يمكن كل أحد عمل ذلك بنفسه، ولا يجد متطوعًا؛ وبالجملة فالناس يحتاجون إلى الدور للسكنى، ويحتاج بعضهم لخدمة بعض، ويحتاجون إلى وسائل النقل للركوب وحمل الأمتعة، ويحتاجون إلى الأرض للزراعة، وإلى الآلات لاستعمالها في حوائجهم المعاشية، فلو لم تشرع الإجارة مع قيام الحاجة الملحة إلى ما في أيدي الغير لتوصل الناس إليه بالسرقة أو الغصب أو الخيانة أو غيرها من طرق العدوان.

وما ذكره المخالف من الغرر لكونه عقدًا على منافع لم تخلق، لا يلتفت إليه مع ما ذكرنا من الحاجة، فإن العقد على المنافع لا يمكن بعد وجودها، لأنها تتلف بمضي الأوقات، فاحتيج إلى العقد عليها قبل وجودها كالسلم في الأعيان.

ثالثًا: أركانها:

أركانها أربعة:

أحدها: الصيغة؛ والمراد بها ما يدل على تمليك المنفعة بعوض.

ثانيها: العاقد من مؤجر ومستأجر؛ المؤجر هو دافع المنفعة، والمستأجر الآخذ لها.

ثالثها: الأجر؛ وهو العوض الذي يدفعه المستأجر للمؤجر في مقابل المنفعة التي يأخذها منه.

رابعها: المنفعة المعقود عليها.

وإليك تفصيل القول في هذه الأركان:

أ - الصيغة:

فتنعقد الإجارة بكل ما يدل على تمليك المنفعة، كلفظ الإجارة أو الكراء، أو البيع، لأن الإجارة بيع المنفعة، فتنعقد بكل قول يدل على الرضا، كآجرتك، أو كريتك، أو بعتك، أو وهبتك المنفعة بكذا، وكذا المعاطاة وهي الأخذ والعطاء من دون كلام، كما يحدث في ركوب سيارة الأجرة أو حافلات النقل أو القطار ونحو ذلك، فإن ذلك يعتبر إيجابًا من صاحب السيارة أو الحافلة وقبولا من الراكب، وهكذا سائر الأشياء مما عرف فيه المنفعة والأجرة؛ وبالجملة فإن الإجارة كالبيع، فكما ينعقد البيع بكل ما يدل على تمليك ذات المبيع من قول أو فعل ، فكذلك الإجارة تنعقد بكل ما يدل على تمليك المنفعة بعوض.

ب - العاقد:

وهو المؤجر والمستأجر، ويشترط فيه ما يشترط في عاقد البيع صحة ولزومًا، فيشترط لصحة الإجارة التمييز، فلا تصح من صبي غير مميز، ولا من مجنون، ولا من المغمى عليه، أو النائم، ولا من السكران الذي لا تمييز له أصلاً، لفقدان ما يدل على الرضا، وانتقال الملك ذاتًا كان أو منفعة يتوقف عليه؛ وأما السكران الذي عنده نوع من التمييز فتصح تصرفاته وإن اختلف في لزومها كما تقدم في البيع.

وأما شروط لزوم الإجارة فهي:

الشرط الأوّل: التكليف؛ فإجارة الصبي المميز لماله أو لنفسه صحيحة، وتوقف لزومها على رضا وليه، فله الفسخ والإمضاء، فلو لم يطلع الولي إلا بعد انتهاء المدة وجب للصبي على من استأجره الأكثر من أجرة المثل ومما سماه له.

وخالف في ذلك الشافعي فقال: ليس للصبي تعاطي الأسباب القولية كالبيع والإجارة، ولا تنعقد منه، بخلاف الأسباب الفعلية كالاحتطاب، فإنه يملك بها، وفرق بين الأسباب القولية والفعلية، بأن الأسباب القولية يتعلق بها إلزام التسليم، وهو تكليف يأباه طوره.

ونحن نقول: القاعدة أن الأحكام قسمان: أحكام تكليف توقف على علم المكلف وقدرته وبلوغه، كالصلاة والزكاة والصيام، وأحكام وضع؛ وهي نصب الأسباب

والشروط والموانع، وهذه لا تتوقف على علم المكلف وقدرته وعمله، كالتوريث بالأنساب، والطلاق بالإعسار والإضرار، وترتيب الضمان على إتلاف المجانين والعاقلين ونحو ذلك، والبيع والإجارة سببان؛ فمقتضى هذه القاعدة صحتها مع الصبي، لأن الأحكام السببية لا تتوقف على قدرة المكلف وبلوغه، غير أن الشرع راعى في ذلك مصلحة صون الأموال عن الضياع بسبب قصور النظر عند الصبي، فيكون الحق صحة تصرفه إذا عقل مع توقف لزومه على اختيار الولي في الفسخ والإمضاء.

هذا، ومن مسائل إجارة الصبي: أنه إن أجر الوالد الولد من نفسه، ومثله لا يؤجر، فسخت الإجارة لمخالفته العادة، وللوالد إجارة الولد الموسر إذا كان خيرًا له، لأنه تنمية مال.

ولو أجر ولي اليتيم نفسه أو ماله مدة فبلغ في أثنائها، فهل يلزمه الباقي؟

قيل: يلزمه الباقي، لأن تصرف الولي صحيح بحق الولاية، فلا يبطل بالبلوغ، كما لو زوجه.

وقيل: تبطل الإجارة فيما بعد البلوغ لزوال الولاية، لأنا تبينًا أنه أجره في ملكه بالولاية وملك غيره، فصح في ملكه، أي قبل بلوغ اليتيم دون ملك غيره.

وقيل بالتفصيل: فإذا أجره الولي أو أجر ماله مدة يتحقق بلوغه في أثنائها فتبطل الإجارة في المدة التي يتحقق بلوغه فيها، لأنا نتحقق أنه أجره فيها بعد بلوغه.

وأما إذا أجره أو أجر ماله مدة لم يتحقق بلوغه في أثنائها، فبلغ دون أن يظن به ذلك لزمه الباقي، لأن الولي معذور، ولولا ذلك لتزلزلت قواعد تصرفه.

وكره لوصي اليتيم الشراء من ماله أو مؤاجرته من نفسه للتهمة، فإن فعل أمضى الحاكم الصواب وأبطل الضرر.

وإن مات الولي المؤجر للصبي أو ماله أو عزل، وانتقلت الولاية إلى غيره، لم يبطل عقده، لأنه تصرف وهو من أهل التصرف في محل ولايته، فلم يبطل تصرفه بموته أو عزله، كما لو مات ناظر الوقف أو عزل، أو مات الحاكم بعد تصرفه فيما له النظر فيه.

الشرط الثاني الرشد: فعقد السفيه في الإجارة على ماله صحيح، يتوقف لزومه على إجازة وليه، فله الفسخ أو الإمضاء بحسب المصلحة؛ فإن كانت المصلحة في إمضاء إجارته تعين على الولي إجازته، وإن كانت في الرد تعين الرد أيضًا؛ هذا إذا أجر السفيه على سلعته، أما إن أجر نفسه، فإجارته صحيحة لازمة، ولا كلام لوليه إلا أن يحابي.

الشرط الثالث: الطوع، فلا تلزمْ إجارة المكره، فله فسخها عند القدرة، والإكراه الذي يمنع لزوم إجارة المكره هو الإكراه بغير حق، وأما الإكراه بحق فلا يمنع من اللزوم، كما لو أجبره الحاكم على إيجار عقاره وفاء لما عليه من الديون، أو للإنفاق منه على من تجب نفقته عليه من أزواج وأولاد وآباء؛ وقد تقدم ما يترتب على الإكراه في باب البيع فأغنى عن الإعادة.

الشرط الرابع: الملك؛ وهو أن يكون العاقد مالكًا أو وكيلاً عن مالك؛ فلا تلزم إجارة الفضولي، بل تتوقف على رضا صاحب الشأن وإجازته، وقد تقدم بسط الكلام في حكم تصرفات الفضولي في البيع.

جـ - الأجرة:

وهي العوض الذي يدفعه المستأجر؛ وكل ما جاز أن يكون ثمنًا في البيع جاز أن يكون عوضًا في الإجارة، لأنها معاوضة مكايسة أشبهت البيع، فعلى هذا يجوز أن يكون العوض في الإجارة عينًا أو منفعة أخرى، سواء كان الجنس واحدًا كمنفعة دار بمنفعة أخرى، أو مختلفًا كمنفعة دار بمنفعة سيارة، فيشترط في الإجارة شروط الثمن، وهي:

الشرط الأول: أن يكون العوض طاهرًا؛ فلا يصح بنجس كالخمر والميتة والدم، أو متنجس لا يمكن تطهيرهُ، كالزيت أو الدهن المتنجس فلا يمكن تطهيره، فالتحق بنجس الذات، فلا يصح التعاوض عليه على المشهور، ومقابله جواز التعاوض عليه لمن لا يغش به، لأن تنجيسه لا يبطل جميع منافعه، فيجوز دفع الزيت المتنجس أجرًا لمنفعة شيء إذا بيَّن حاله، وقد تقدم القول في ذلك في البيع.

الشرط الثاني: أن يكون منتفعًا به انتفاعًا شرعيًا؛ فلا يصح أن يكون العوض في الإجارة ما لا نفع فيه أصلا، كخشاش الأرض والدود الذي لا نفع فيه، ولا بما له منفعة غير شرعية، كحيوان غير مأكول اللحم أشرف على الهلاك لعدم الانتفاع به شرعًا.

الشرط الثالث: أن يكون مقدورًا على تسليمه؛ فلا يصح بما لا قدرة له على التسليم، كالطير في الهواء والسمك في الماء، وكذا ما فيه خصومة كالمغصوب تحت يد الغاصب الذي لا يناله حكم الحاكم، لعدم القدرة على تسليمه.

الشرط الرابع: أن يكون العوض معلومًا؛ وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال: «مَنِ اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا فَلْيُعْلِمْهُ أَجْرَهُ»، رواه الإمام أحمد؛ ويعتبر علم العوض بالرؤية أو الصفة كالبيع سواء، فإن كان العوض معلومًا بالمشاهدة دون القدر كالصبرة - وهو الجزاف - ففي صحة معرفة الأجرة بذلك احتمالان: أشبههما بالصواب الجواز، لأن الجزاف عوض معلوم يجوز به البيع، فجازت به الإجارة، كما لو علم قدره؛ وقيل لا يجوز، لأنه قد ينفسخ العقد بعد تلف الصبرة فلا يدري بكم يرجع، فاشترط معرفة قدره؛ والأول هو الصواب، لأن الجزاف أيضًا يعرف بالتخمين، إذ التخمين من شروط بيع الجزاف، فهو معلوم القدر كالميكل والموزون تقريبًا.

فلا تصح الإجارة بأجر مجهول، أو بما فيه غرر، كما لو استأجر رجلا ليسلخ له بهيمة، أجره جلدها، لأنه لا يعلم هل يخرج الجلد سليمًا أو لا، وهل هو ثخين أو رقيق؛ ولأنه لا يجوز أن يكون ثمنًا في البيع، فلا يجوز أن يكون عوضًا في الإجارة كسائر المجهولات، فإن سلخه بذلك ألغي المسمى وله أجرة المثل.

ولو آجره على نسج ثوب بجزء منه جعل أجرة للناسج، أو آجره على دبغ جلود بجزء منها، كانت الإجارة فاسدة، لفساد الأجر، لجهل صفة خروجه، فإن نسج أو دبغ كانت له أجرة مثله.

ولو قال: استأجرك على نفض زيتوني، فما سقط فلك نصفه، فسدت الإجارة، وعلة الفساد الجهل بالكم، لأن من الشجر ما قد يقل ما يسقط منه، ومنه ما هو بخلافه؛ وكذا لو قال: استأجرك على عصر زيتوني فما عصرت فلك نصفه، ففاسد؛ وعلة الفساد الجهل بالكم وبصفة الخروج بالعصر.

ولو دفع إليه ثوبًا للخياطة، وقال: إن خطته اليوم مثلا فهو بكذا من الأجر، وإن لم تخطه اليوم فبأجر أقل، ففاسد؛ وعلة الفساد الجهل بقدر الأجرة، فإن وقع فله أجر مثله، وإنما منع ذلك لأنه كبيعتين في بيعة.

ولو استأجر راعيًا لغنم بثلث درِّهَا ونسلها وصوفها وشعرها، لم يجز، لأن العوض مجهول معدوم، ولا يدري أيوجد أم لا، والأصل عدمه، ولا يصلح أن يكون ثمنًا.

- ولا بد أيضًا في الإجارة من علم الأجل إن كان الأجر مؤجلا، ومعرفة حلوله إن دخلا على الحلول.

هل يجوز أن يستأجر الأجير بطعامه وكسوته؟ مذهب مالك رضي الله عنه جواز أن يستأجر أجيرًا بطعام أو كسوة، أو يجعل له أجرًا ويشترط طعامه وكسوته، وهو إحدى الروايات عن أحمد.

وقيل إن ذلك جائز في الظئر فقط دون غيرها، وهذا مذهب أبي حنيفة وإحدى الروايات عن أحمد.

وقيل إن الإجارة بذلك لا يجوز بحال؛ لا في الظئر ولا في غيرها، وبه قال الشافعي وصاحبا أبي حنيفة وأبو ثور.

استدل مالك ومن وافقه بما يلي:

أولا: ما رواه ابن ماجه عن عتبة بن المنذر قال: كنا عند رسول الله ﷺ فقرأ ﴿طَسِ﴾ حتى إذا بلغ قصة موسى عليه السلام، قال: «إن موسى عليه السلام أجر نفسه ثماني سنين أو عشرا على عفة فرجه وطعام بطنه»، وشرع من قبلنا شرع لنا ما لم يثبت ما ينسخه، ولم يرد في شرعنا ما ينسخه.

ثانيًا: ثبت الاستئجار بالنفقة والكسوة بالنسبة للظئر وهي المرضع في قوله تعالى: **﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾**[1]؛ أوجب لهن النفقة والكسوة على الرضاع، ولم يفرق بين المطلقة وغيرها، بل في الآية قرينة تدل على أن المراد المطلقة، لأن الزوجة تجب نفقتها بالزوجية وإن لم ترضع، ولأن الله تعالى قال: **﴿وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾**[2]، فدل على أن الآية في المطلقة، فإذا ثبت ذلك في الظئر ثبت في غيرها بالقياس عليها.

ثالثًا: ما روي عن أبي بكر وعمر وأبي موسى رضي الله عنهم أنهم استأجروا الأجراء بطعامهم وكسوتهم، فلم يثبت أن أحدًا أنكر عليهم، فكان إجماعًا.

رابعًا: ما روي عن أبي هريرة رضي الله أنه قال: كنت أجيرًا لابنة غزوان بطعام بطني وعقبة رجلي، أحطب لهم إذا نزلوا وأحدو بهم إذا ركبوا، رواه الأثرم وابن ماجه.

خامسًا: ولأنه عوض منفعة، فقام العرف مقام التسمية كنفقة الزوجة، ولأن للكسوة عرفًا هي كسوة الزوجات، وللإطعام أيضًا عرفًا هو إطعام الكفارات، فجاز إطلاقه وعدم تحديده كنقد البلد.

---

(1) سورة البقرة، الآية 233.

(2) سورة البقرة، الآية 233.

وأما من منع ذلك في غير الظئر وهو أبو حنيفة، قال: إن ذلك مجهول، وإنما جاز في الظئر للآية استثناء فلا يقاس عليه غيره، لأنه لما كانت المنفعة في الرضاع والحضانة غير معلومة جاز أن يكون عوضها كذلك.

والجواب أن ما جاز عوضًا في الرضاع جاز في الخدمة كالأثمان.

وأما من قال بعدم الجواز مطلقًا فحجته أن الطعام والكسوة يختلف اختلافًا كثيرًا متباينًا فيكون مجهولاً، والأجر من شرطه أن يكون معلومًا كما تقدم.

والجواب أنا لا نسلم أن ذلك مجهول، بل العرف يقوم مقام التحديد وتسمية المقدار، كالنفقات للأزواج.

إذا ثبت هذا وتشاحا في قدر الطعام والكسوة؛ قيل يرجع إلى الوسط فيهما، وقيل يرجع في القوت إلى الإطعام في الكفارات، وفي الملبوس إلى أقل ملبوس مثله، لأن الإطلاق يجزئ فيه أقل ما يتناوله اللفظ كالوصية؛ والقول الأول أولى.

ولو ظهر الأجير بالأكل أكولا خارجًا عن المعتاد فللمستأجر الفسخ، لأنه كعيب ظهر به، إلا أن يرضى بطعام وسط فلا كلام لمؤجره، وإن استغنى الأجير عن طعام المستأجر بطعام نفسه أو غيره أو عجز عن الأكل بمرض أو غيره لم تسقط نفقته، وكان له المطالبة بها، لأنه عوض، فلا يسقط بالغنى عنه كالدراهم، وإن احتاج إلى دواء لمرضه، لم يلزم المستأجر، لأنه لم يشترط له إلا طعام الأصحاء، لكن يلزمه بقدر طعام الصحيح، لأن ما زاد عليه لم يقع العقد عليه فلم يلزم، كالزائد في القدر.

متى يملك المؤجر الأجرة؟ لا يجب تعجيل الأجرة بمجرد العقد في مذهب مالك، بل كلما استوفى منفعة وجبت عليه أجرته؛ واستثنى من هذا الأصل صور:

الصورة الأولى: أن يشترط التعجيل في العقد، فيجب تعجيله عملا بالشرط.

الصورة الثانية: جريان العرف بالتعجيل، فيجب، لأن المعروف عرفًا كالمشروط شرطًا، ووجوب التعجيل في هذا والذي قبله لحق الآدمي، فيقضى به عند التنازع فقط، فإن تراضيا على تأخير الأجر مع اشتراط تعجيله أو جريان العرف به، جاز ذلك، والعقد صحيح.

الصورة الثالثة: أن يكون الأجر معينًا كهذا الثوب، فيجب التعجيل، لأنه يلزم على تأخيره بيع معين يتأخر قبضه، وهو لا يجوز، إذ المعين لا يكون في الذمة، فلا بد من شرط التعجيل، وإلا فسد العقد.

الصورة الرابعة: أن يكون الأجر غير معين كدراهم أو ثوب موصوف، ولكن وقع في منافع مضمونة في ذمة المؤجر، كاستأجرتك على فعل كذا في ذمتك، أي بنفسك أو بغيرك، أو على أن تحملني بسيارتك لبلد كذا بعشرة دنانير مثلا، أو بثوب صفته كذا، فيجب تعجيل الأجرة، ولا يجوز تأخيرها أكثر من ثلاثة أيام، لاستلزام التأخير ابتداء الدين بالدين وتعمير الذمتين، لأن ذمة المؤجر مشغولة بمنافع السيارة مثلا، وذمة المستأجر مشغولة بالأجر الموصوف، فلا بد من تقديم جميع الأجر حذرا من الممنوع الذي هو ابتداء الدين بالدين؛ فلو شرع في استيفاء المنفعة، كأن شرع في السير في هذا المثال جاز تأخير الأجر، لانتفاء الدين بالدين بناء على أن قبض الأوائل قبض للأواخر، وقيل لا بد من تعجيل جميع الأجرة ولو شرع في استيفاء المنفعة، لأن قبض الأوائل ليس قبضًا للأواخر إلا في المسافة البعيدة، فيكتفى بتعجيل اليسير من الأجر للضرورة، لأنه لو وجب تعجيل الأجر كله في كراء السفر البعيد لضاعت أموال الناس عليهم بسبب هروب المكرين بالأجر.

* فخلاصة مذهب مالك وهو أيضًا مذهب أبي حنفية: أنه لا يتعين تعجيل الأجرة بالعقد، ولكن بالشرط أو العادة، أو يقارن العقد ما يوجب التقديم، أو يستلزم التأخير محذورًا كالأجر المعين أو الطعام الرطب ونحوها، فالمؤجر لا يملك الأجر بالعقد، فلا يستحق المطالبة به إلا باستيفاء المنفعة أو التمكين من استيفائها، فكلما استوفى منفعة زمن أو تمكن من الاستيفاء لزمه من الأجر ما يقابل ذلك الجزء المعين من الزمن؛ وهذا عند الاختلاف، فإن تراضيا على شيء عمل به.

وحجة مالك ومن وافقه في أن الأجرة لا تملك بمجرد العقد هي:

أولا: قوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾[1] بعد الارتضاع، لأن الفاء للتعقيب.

ثانيا: قوله ﷺ: «ثَلَاثَةٌ أَنَا خَصْمُهُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ: رَجُلٌ أَعْطَى بِي ثُمَّ غَدَرَ، وَرَجُلٌ بَاعَ حُرًّا فَأَكَلَ ثَمَنَهُ، وَرَجُلٌ اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا فَاسْتَوْفَى مِنْهُ وَلَمْ يُوفِهِ أَجْرَهُ»، فتوعد على الامتناع من دفع الأجر بعد العمل، فدل على أنها حالة الوجوب.

(1) سورة الطلاق، الآية 6.

ثالثًا: قوله ﷺ: «أَعْطُوا الأَجِيرَ أَجْرَهُ قَبْلَ أَنْ يَجِفَّ عَرَقُهُ»، رواه ابن ماجه، فدل على أن الاستحقاق بعد العمل.

رابعًا : إن الأجر عوض لم يملك مُعوَّضُهُ فلم يجب تسليمه، فإن المنافع معدومة عند العقد لم تملك، ولو ملكت فلم يتسلمها، لأن تسليمها شيئًا فشيئًا، فتكون الأجرة كذلك تسوية بين العوضين، فلا يجب عليه العوض مع تعذر تسليم المنافع في العقد.

* وذهب الشافعي وابن حنبل إلى أن المؤجر يملك الأجرة بمجرد العقد، فيستحق المطالبة بها إذا أطلق العقد ولم يشترط المستأجر أجلا.

قالوا أولا: الأجر عوض أطلق ذكره في عقد معاوضة فيستحق بمطلق العقد كالثمن والصداق، أو نقول إن الأجر عوض يتعجل إذا شرط التعجيل كما تقدم، فلزم أن يتعجل بمطلق العقد كالثمن والصداق.

ولكن قياس الإجارة على الثمن والصداق فيه ضعف ظاهر لظهور الفرق، لأن تسليم المنفعة في الإجارة يكون شيئًا فشيئًا فتكون الأجرة كذلك تسوية للعوضين - كما تقدم - أما تسليم المبيع في البيع فلا يكون شيئًا فشيئًا، وكذلك الثمن، فالتسوية بين العوضين في البيع محققة بخلاف الإجارة.

وقالوا ثانيًا: إن العقد سبب لملك العوضين، والأصل ترتب المسببات على أسبابها، وهذا يقتضي ثبوت ملكية الأجر بمجرد العقد.

ثم أجابوا عن الاستدلال بالآية: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾[1] فقالوا: يحتمل أنه أراد الإيتاء عند الشروع في الرضاع، أو عند تسليم نفسها، كما قال تعالى: ﴿فَإِذَا قَرَأْتَ الْقُرْآنَ فَاسْتَعِذْ بِاللَّهِ مِنَ الشَّيْطَانِ الرَّجِيمِ﴾[2] : أي إذا أردت القراءة؛ ثم إن هذا الاستدلال بدليل الخطاب، والحنفية لا يقولون به، وكذلك الحديث الذي استدلوا به، قالوا: ومما يؤكد ما ذكرنا أن الأمر بالإيتاء في وقت لا يمنع وجوبه قبله؛ ألا ترى قوله تعالى: ﴿فَمَا اسْتَمْتَعْتُم بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾[3]، والصداق يجب قبل الاستمتاع؛ وهذا هو الجواب عن الحديث أيضًا، فتوعده على الامتناع من دفع الأجر بعد العمل لا يمنع من وجوبه قبله.

---

(1) سورة الطلاق، الآية 6.

(2) سورة النحل، الآية 98.

(3) سورة النساء، الآية 24.

ومما يدل على هذا المعنى أنه إنما توعد على ترك الإيفاء بعد الفراغ من العمل، وهم يقولون تجب الأجرة شيئًا فشيئًا، فلم يدل الحديث على ما قصدوا، ثم إن التوعد علىعدم الوفاء بالأجر بعد العمل ليس دليلا على أن الفراغ من العمل هو وقت وجوب الأجرة، بل يحتمل أن توعده على ترك الإيفاء في الوقت الذي تتوجه فيه المطالبة عادة، وقد يكون ذلك بمجرد العقد.

وإذا كانت الإجارة على عمل فإن الأجر يملك أيضًا بالعقد، لكن لا يستحق تسليمه إلا عند تسليم العمل، لأنه عوض، فلا يستحق تسليمه إلا بعد تسليم المعوض، كالصداق في النكاح والثمن في البيع، وفارق الإجارة على الأعيان، حيث تستحق الأجرة بالعقد ولو لم تستوف المنافع، لأن تسليم الأعيان - كالدار للسكنى - جرى مجرى تسليم نفعها، ومتى كان العوض على منفعة في الذمة لم يحصل تسليم المنفعة، ولا ما يقوم مقامها، فتوقف استحقاق تسليم الأجر على تسليم العمل.

* هذا وقد ترتب على الخلاف في أن الأجر هل يملك بمجرد العقد فيستحق المطالبة به، أم لا يملك إلا باستيفاء المنفعة أو التمكين من استيفاء ما يقابل الأجر؟ ترتب على هذا الخلاف أن الإجارة إذا تمت وكانت على مدة، هل يملك المستأجر المنافع المعقود عليها، بمجرد العقد، ويكون حدوثها على ملكه، أم تحدث على ملك المؤجر، ولا يملكها المستأجر بالعقد لأنها معدومة، فلا تكون مملوكة كالثمرة والولد؟

بالأول قالت الشافعية والحنابلة، وبالثاني قالت المالكية والحنفية.

واحتج من قال إن المنفعة بعد العقد تحدث على ملك المستأجر، بأن الملك عبارة عن حكم يحصل به تصرف مخصوص، وقد ثبت أن هذه المنفعة كان مالك العين يتصرف فيها كتصرفه في العين، فلما أجرها صار المستأجر مالكًا للتصرف فيها كما كان يملك المؤجر، فثبت أنها كانت مملوكة لمالك العين ثم انتقلت إلى المستأجر، بخلاف الولد والثمر، فإن المستأجر لا يملك التصرف فيها؛ وقولهم إن المنافع معدومة عند العقد فلا تكون مملوكة؛ فالجواب أنها مقدرة الوجود، لأنها جعلت موردًا للعقد، والعقد لا يرد إلا على موجود.

* وإذا استوفى المستأجر المنافع استقر الأجر على ذمته، لأنه قبض المعقود عليه فاستقر عليه البدل، وهذا مما لا يختلف فيه، ولكن لو مكنً من الاستيفاء في إجارة لم تكن

المنفعة فيها مؤقتة الزمن، بأن سلمت إليه العين التي وقعت الإجارة عليها ومضت مدة يمكن استيفاء المنفعة فيها، ولكن لم ينتفع، ولا حاجز من الانتفاع، استقر عليه الأجر أيضًا عند الأكثرين، لأن المعقود عليه تلف تحت يده فاستقر عليه بدله، كثمن المبيع إذا تلف في يد المشتري؛ فمن اكترى سيارة ليركبها إلى بلدٍ فقبضها ومضت مدة يمكن ركوبها فيها ولم يفعل، استقر عليه الأجر، لأن المنافع تلفت تحت يده باختياره، فاستقر الضمان عليه، كما لو تلفت العين دون الانتفاع باختياره، فيلزمه الأجر إجماعًا.

وقال أبو حنيفة: إذا كانت الإجارة غير مؤقتة بزمن معين، ومكن المستأجر من استيفاء المنفعة فلم يستوف حتى مضت مدة كافية للاستيفاء، فإن الأجر لا يستقر عليه حتى يستوفي المنفعة، لأنه عقد على منفعة غير مؤقتة بزمن، فلم يستقر بدلها قبل استيفائها كالأجير المشترك.

د - المنفعة:

وهي أهم أركان الإجارة، لأنها المعقود عليها، ولها شروط:

الشرط الأول: أن تكون مباحة شرعًا، فلا تصح الإجارة على المعاصي، لأن المعصية يجب اجتنابها.

والمنافع منها ما هو مباح باتفاق، ومنها ما هو محرم باتفاق، ومنها ما هو مختلف فيه:

- فالأول: كل منفعة لم ينه عنها الشرع، كمنافع الدور والدواب والآلات والإنسان على الأفعال المباحة، والأرض والخيام والمحامل والثياب والبسط، وغير ذلك، فهذا لا يختلف الناس في صحة إجارته، فكل عين يمكن أن ينتفع بها منفعة مباحة مع بقاء أصلها تجوز إجارتها.

- وأما المنافع المحرمة باتفاق فهي: كل منفعة كانت لشيء محرم العين، أو منفعة محرمة بالشرع، فاتفق الناس على إبطال الإجارة فيها، وذلك كالزنا، والزمر، والنوح، والغناء، وآلات الطرب المحرم، ونحوها؛ فلا يجوز الاستئجار لفعل ذلك، لأنه انتفاع بمحرم، وكالاستئجار على حمل الخمر لمن يشتريها، وعلى حمل خنزير ورعايته، وميتة لمن يأكل ذلك، فلا يجوز؛ ومن ذلك أيضًا إجارة الحوانيت والدور لتتخذ كنيسة أو بيعة، أو مجمعًا لفساق، أو خمارة، أو اتخاذها للقمار، ومنه أيضًا إجارة آلات الحرب

في الفتنة، وكاستئجار كاتب ليكتب غناءً محرمًا ونوحًا، أو ليكتب شعرًا محرمًا. وقس على هذا نظائره.

فإن وقعت الإجارة فيما ذكر ونحوه وجب فسخها؛ فإن فاتت تصدق بالأجرة ولا يحل له أخذها، إذ المنافع المحرمة لا تقابل بالأعواض، لأن ثبوت الملك على العوض فرع ثبوته على المعوض، والأعيان المحرمة لا تملك، وما حرمت عينه حرمت منافعه، ولقوله ﷺ: «إِنَّ اللَّهَ إِذَا حَرَّمَ شَيْئًا حَرَّمَ ثَمَنَهُ»، وقوله: «لَعَنَ اللَّهُ اليَهُودَ حُرِّمَتْ عَلَيْهِمُ الشُّحُومُ فَبَاعُوهَا وأَكَلُوا ثَمَنَهَا»، رواهما أبو داود.

– وأما المنافع المختلف في حرمتها، فاختلف في إجارتها؛ وسبب الخلاف تردده بين المصلحة والمفسدة، فمن يغلب مصلحته يجيزه، ومن يغلب مفسدته يحرمه أو يكرهه:

ومن ذلك إجارة العازب لامرأة أجنبية ليس بينه وبينها مَحْرَم، يخلو معها أو يزاملها في المحل؛ قيل: يكره إن كان مأمونًا، وقيل: يحرم في العازب مأمونًا كان أم لا، وهو الصحيح لقوله ﷺ: «لاَ يَخْلُو رَجُلٌ بِامْرَأَةٍ لَيْسَ بَيْنَهُ وبَيْنَهَا مَحْرَمٌ»، رواه البخاري؛ ويجوز في المأمون ذي الأهل، وتمتنع الخلوة في غير المأمون ذي الأهل، قالوا إلا أن تكون المرأة مجتالة لا رغبة للرجال فيها، أو شابة وهو شيخ فان.

ومن ذلك دخول الحمامات؛ مذهب مالك أن إجارة الحمامات للرجال جائزة، إذا كانوا يدخلونها مستترين، وللنساء إذا كن يستترن في جميع أجسادهن، وممنوعة إذا كن يتركن السترة جملة، ومختلف فيها، إذا كن يدخلن بالمئزر، بناءً على أن المرأة بالنسبة للمرأة كالرجل بالنسبة للرجل، أم لا؛ روى الترمذي عن جابر قال: قال رسول الله ﷺ: «مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَاليَوْمِ الآخِرِ فَلا يَدْخُلِ الحَمَّامَ إلاَّ بِمِئْزَرٍ؛ وَمَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَاليَوْمِ الآخِرِ فَلاَ يُدْخِلْ حَلِيلَتَهُ الحَمَّام»، وإسناده حسن.

وأطلق الحنفية والشافعية جواز إجارة الحمام دون تفصيل، وكرهها قوم، قالوا: لأنه موضع النجاسات والقاذورات، ومأوى الشيطان؛ وما ذكره المالكية من التفصيل أليق، فإن حاجة أكثر الناس تدعو إلى دخول الحمامات لطهر الحيض والنفاس والجنابة وإزالة الأوساخ ومداواة الأمراض؛ هذا وقد أجمعوا على امتناع دخولها مع من لا يستر عورته.

الشرط الثاني: أن تكون المنفعة قابلة الدفع للغير؛ احترازًا من النكاح، فإنه مباح يتعذر بذله للغير شرعًا، إذ مقتضى عقد النكاح أن يباشر الزوج منفعته بنفسه خاصة، وليس له أن يمكن غيره من تلك المنفعة، لكونه ليس مالكًا لذاتها، بل يملك الانتفاع فقط، والقاعدة أن مالك الانتفاع يمتنع في حقه أن يؤاجر أو يعاوض بطريق من طرق المعاوضات، فيتعذر عليه بذله، وما تعذر بذله امتنع أخذ العوض عليه، لأن أخذ العوض فرع انتقال المعوض.

الشرط الثالث: أن تكون المنفعة متقومة؛ أي داخلة تحت التقويم، بأن تكون مملوكة على وجه خاص بحيث يمكن منعها عن الغير، احترازًا عن التافه الحقير الذي لا تجوز مقابلته بالمال، كالاستظلال بجدران الغير، أو الشمس بالفلاة، فلا تتقوم المنفعة لعدم ملكها، ومثله شم الرياحين، فإن صاحب الرياحين لا يمكنه منع رائحتها عن الغير، وكذا الاستضاءة بضوء مصباح خرج عن ملك صاحبه، واستدفاء بنار الغير كذلك.

والقاعدة: أن الإجارة مبنية على البيع، فكل ما جاز بيعه جازت إجارته.

والأعيان على ثلاثة أقسام:

قسم اتفق على جواز بيعه، وقبوله للملك والمالية، كالدار والأرض والحيوان والثياب ونحوها.

وقسم اتفق على منع بيعه وقبوله للمالية، إما لعدم اعتباره شرعًا، كالمحرمات من الميتة والخنزير والدم وغيرها، أو لعدم القيمة فيه عرفًا، كالنظر إلى السماء، والتوجه تلقاء الهواء، أو التفرج على الرياض وغير ذلك.

وقسم اختلف فيه، هل هو من القسم الأول أو من الثاني؟

- ومن مسائل هذا القسم إجارة الحلي؛ كرهه مالك، سواء كان ذلك الحلي ذهبًا أو فضة، وسواء أكانت إجارته بذهب أو فضة أو غيرهما، وعللوا كراهة ذلك بأن السلف الصالح كانوا يرون أن إعارته زكاته، أي أن الحلي المباح لا زكاة فيه، لأن إعارته لمن يتزين به هي زكاته؛ وإذا كان كذلك، فقد صارت منفعته معدة للإعارة فلا يكرى، لأن الكراء يكون في مقابلة منفعة، فلو أكرى لم تؤد زكاته التي هي الإعارة، فكأنهم رأوا أن أخذ الأجرة على منفعة الحلي ليس من مكارم الأخلاق.

وذهب قوم إلى عدم جواز إجارة الحلي بأجر من جنسه، لأن الحلي يحتك بالاستعمال فيذهب منه أجزاء وإن كانت يسيرة، فيحصل الأجر في مقابلتها ومقابلة الانتفاع بها، فيفضي ذلك إلى بيع ذهب بذهب وشيء آخر، وهو غير جائز؛ أما إجارة الحلي بأجر من غير جنسه فجائز لعدم المحذور.

وأجيب بأن النقص بالاحتكاك يسير لا يقابل بعوض، ولا يكاد يظهر في وزن، ولو فرض ظهوره فالأجر إنما هو في مقابلة الانتفاع لا في مقابلة الأجزاء، إذ الأجر في الإجارة إنما هو عوض المنفعة كما في سائر المواضع.

وذهب جمهور الأئمة إلى جواز إجارة الحلي بجنسه أو بغير جنسه، لأن الحلي عين ينتفع بها منفعة مباحة مقصودة للعقلاء مع بقاء العين، فأشبه سائر ما يجوز إجارته، والزينة من المقاصد الأصلية للعباد، فإن الله تعالى امتن بها علينا بقوله تعالى: ﴿لِتَرْكَبُوهَا وَزِينَةً﴾[1]، وقوله: ﴿قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ اللَّهِ الَّتِي أَخْرَجَ لِعِبَادِهِ وَالطَّيِّبَاتِ مِنَ الرِّزْقِ قُلْ هِيَ لِلَّذِينَ آمَنُوا..﴾[2]، وأباح الله تعالى من التحلي واللباس للنساء ما حرم على الرجال، لحاجتهن إلى التزين لأزواجهن، وأسقط الزكاة من حليهن معونة على اقتنائه.

- ومما يدخل في هذا القسم، - أي القسم المختلف فيه، هل هو يقبل المالية أو لا يقبله؟ - استئجار الدراهم والدنانير لتزيين الحوانيت؛ منعه ابن القاسم صاحب مالك، وهو أحد الوجهين عند الشافعية، لعدم التقويم، ولأن منفعة التزيين ليست مقصودة من الدنانير والدراهم، لأن الانتفاع المعتاد بها إنما هو بأعيانها فأشبهت الشمع، فلا تصح إجارتها، ولا تجوز إجارة الطعام ليتجمل به ثم يرده، لأنه لا يراد لذلك، فبذل العوض فيه سفه.

وأجاز آخرون إجارة النقود، لأنها عين أمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها منفعة مباحة، فأشبهت الحلي، وفارق الشمع، فإنه لا يمكن الانتفاع به إلا بتلف عينه بخلاف النقد، ولا بد أن تكون إجارتها معلومة المدة، وإلا فلا تصح.

- ومن ذلك أيضًا إجارة الأشجار لمن يجفف عليها ثيابه، ومنعها بعضهم لأن منفعتها لا تتقوم، وأجازها الآخرون، لأن الانتفاع بها على هذا الوجه مما تتأثر به وينقص

---

(1) سورة النحل، الآية 8.

(2) سورة الأعراف، الآية 32.

قوتها، فهي منفعة متقومة، أي لها قيمة شرعًا لو تلفت، ولأن الأشجار لو كانت مقطوعة لجاز استئجارها لذلك، فكذلك القائمة على أصولها، وذلك لأن الانتفاع يحصل بهما على السواء في الحالتين، فما جاز في إحداهما يجوز في الأخرى، ولأن التجفيف ونحوه بالشجرة منفعة مقصودة يمكن استيفاؤها مع بقاء العين، فجاز العقد عليها كما لو كانت مقطوعة، وهذا هو الراجح.

- ويجوز كراء المصاحف كبيعها، وقد بيعت المصاحف أيام عثمان رضي الله عنه، ولم ينكر الصحابة ذلك، فكان إجماعًا، والإجارة كالبيع، ومنع بعض أصحاب مالك إجارة المصحف، وأجاز بيعه، وزعم بأن إجارته كالثمن للقرآن، لأن القراءة والنظر فيها فعله، فلا يعطى على فعل نفسه أجرًا. وبيعه ثمن للورق والخط، ثم أجاز الإجارة على تعليم القرآن، وهذا يبطل منعه لإجارة المصحف، لأن المصحف كالمعلم، واستعمال بَدَنِ المعلم كاستعمال المصحف عن صاحبه وورقه وجلده، على أن المعلم ينتفع بزيادة حفظه بالتعليم بخلاف المصحف، فإذا جازت إجارة المعلم مع أن المنفعة تعود عليه بزيادة الحفظ، فإجارة المصحف بالجواز أولى.

- ويجوز الكراء على كتابة المصحف، وعلى تعليمه كل شهر أو سنة بكذا، وعلى الحذاق، أو تعليمه كله أو جزئه بكذا، لأنه متقارب عرفًا، ويحمل الناس في الحذاق وغيرها على العوائد، إلا أن يشترطوا شرطًا.

ثم إنما تجوز الإجارة على تعليم القرآن إذا عين مدة دون ما يتعلم فيها، أو يعين ما يتعلم من حذقه وشيء معلوم، كربع ونصف، أو الجمع دون تحديد مدة، فإن جمع بين تحديد المدة والجزء الذي يتعلمه، كأن يشترط جزء كذا في شهر، منع ذلك للغرر، لأن أفهام من يتعلم - خاصة المبتدئ - تختلف، فقد لا يتعلم الجزء المذكور إلا في مدة بعيدة، فإن فعل ذلك، أي جمع بين المدة وما يتعلمه، وكان يجهل تعلم ذلك في تلك المدة عادة فسدت الإجارة، وإن كان الغالب تعلم الجزء المذكور في تلك المدة، فقيل يجوز، وقيل يمنع؛ فإن انقضى الأجل ولم يتعلم فيه ذلك الجزء فله أجرة مثله ما لم تزد على المسمى؛ وإن شرط معلم الصبي أن له على الحذاقة كذا فأخرجه الأب، فعليه من الحذقة بقدر ما مضى منها؛ هذا كله مذهب مالك وأصحابه، ووافقه الشافعي في ذلك.

والحجة على جواز الأجرة لتعليم القرآن ما رواه البخاري وغيره عن ابن عباس رضي الله عنهما أن نفرًا من أصحاب النبي ﷺ مَرُّوا بماء فيه لديغ أو سليم، فعرض لهم رجل من أهل الماء فقال: هل فيكم من راق، فإن في الماء رجلا لديغًا أو سليمًا؟ فانطلق رجل منهم فقرأ بفاتحة الكتاب على شاء، فجاء بالشاء إلى أصحابه، فكرهوا ذلك وقالوا: أخذت على كتاب الله أجرًا، حتى قدموا المدينة، فقالوا: يا رسول الله، أخذ على كتاب الله أجرًا، فقال رسول الله ﷺ: «إِنَّ أَحَقَّ مَا أَخَذْتُمْ عَلَيْهِ أَجْرًا كِتَابُ اللَّهِ»، وفي لفظ من حديث أبي سعيد أن النبي ﷺ قال: «أَصَبْتُمْ، اقْتَسِمُوا وَاضْرِبُوا لِي مَعَكُمْ سَهْمًا» وَضَحِكَ النبي ﷺ.

- ومنع أبو حنيفة وأَحمد أجرة تعليم القرآن، وكل ما فيه قربة تختص بالمسلم كالأذان والصلاة والحج، واحتجوا بما روي عن عثمان بن أبي العاص قال: آخر ما عهد إليّ النبي ﷺ أن «اتّخذوا مُؤَذِّنًا لاَ يَأْخُذُ عَلَى أَذَانه أَجْرًا»، رواه الترمذي وأبو داود.

وأجيب بأن ترك الأجر أفضل إجماعًا، فالأمر به لا يدل على تحريم الأخذ لما تقدم من الدليل.

واحتجوا ثانيا بأن تعليم القرآن والأذان والصلاة ونحوها قُرب يعود نفعها على آخذ الأجرة، والعوض والمعوض لا يجتمعان لشخص.

وأجيب بأن الأجرة ليست على القربة نفسها، بل قبالة المواضع المعينة في الأذان ونحوه، أو قبالة تعيين ما لم يتعين على آخذ الأجرة، وليست قبالة أصل القربة، فهذه الأشياء وإن كانت قربًا لكن لا يتعين على المسلم فعلها، فالأجرة إنما هي للتعيين، فالأجر في الأذان والإقامة وإمامة الصلاة إنما هي على الإقامة بالمسجد ولزوم موضع مخصوص.

ومما احتج به من كره الأجرة على قرب تختص بالمسلم ما روى أبيّ بن كعب رضي الله عنه قال: عَلَّمْتُ رَجُلاً القُرْآنَ، فَأَهْدَى لِي قَوْسًا، فَذَكَرْتُ ذَلِكَ لِلْنَّبِي ﷺ: فَقَال: «إِنْ أَخَذْتَهَا أَخَذْتَ قَوْسًا مِنَ نَّارٍ فَرَدَدْتُّهَا»، رواه ابن ماجه والبيهقي، وقد أعل بالانقطاع وجهالة بعض رواته، لكن له شواهد.

ومما استدلوا به أيضًا قوله ﷺ: «إِقْرَؤُوا القُرآنَ وَلاَ تَغْلُوا فِيهِ، وَلاَ تَجْفُوا عَنْهُ، وَلاَ تَأْكُلُوا بِهِ، وَلاَ تَسْتَكْثِرُوا بِهِ»، أخرجه أحمد برجال الصحيح، وقال ﷺ: «إِقْرَؤُوا القُرْآنَ وَاسْأَلُوا اللَّهَ بِهِ، فَإِنَّ مِنْ بَعْدِكُمْ قَوْمًا يَقْرَؤُونَ القُرْآنَ وَيَسْأَلُونَ النَّاسَ بِهِ»، أخرجه أحمد

والترمذي وحسنه؛ ووجه المنع من أخذ الأجرة على تعليمه، أن ذلك من تبليغ الأحكام الشرعية، وهو واجب على كل قادر عليه.

وقالوا أيضًا: إن من شروط صحة هذه الأفعال كالأذان وإمامة الصلاة وتعليم القرآن، كونها قربة إلى الله تعالى، فلم يجز أخذ الأجرة عليها، كما لو استأجر قومًا يصلون خلفه الجمعة أو التراويح.

وأجابوا عن حديث الرقية بأنه لم يكن الجعل المذكور على تعليم القرآن، وإنما كان على الرقى، والرقية نوع من المداواة، والمداواة يجوز أخذ الأجر عليها، والمأخوذ على الرقية جعالة لا إجارة، والرقية تكون بالقرآن وبغيره، والاستئجار للرقية جائز كالعلاجات، وليس واجبًا على الناس، وأما تعليم القرآن فهو واجب عليهم، وقوله ﷺ: «إِنَّ أَحَقَّ مَا أَخَذْتُمْ عَلَيْهِ أَجْرًا كِتَابُ اللَّه» يعني الجعل أيضًا في الرقية، لأنه ذكر ذلك في سياق خبر الرقية.

غير أن الأحاديث التي احتج به هؤلاء بعضها ضعيف غير ثابت، والثابت منها غير صريح في منع الأجر على تعليم القرآن، بل يمكن حمله على الإرشاد منه ﷺ إلى معالي الأمور، وقد اتفق الناس على أن ترك الأجرة في ذلك أفضل؛ وقوله ﷺ: «إِنَّ أَحَقَّ مَا أَخَذْتُمْ عَلَيْهِ أَجْرًا كِتَابُ اللَّهِ»، ظاهرٌ في جواز أخذ الأجرة على تعليم القرآن، وذكره في سياق خبر الرقية لا يبطل ظهوره؛ غاية ما في الأمر أن قصة الرقية سبب قوله هذا، والسبب الخاص لا يسقط عموم الدليل، لأن الحجة في قول الشارع لا في السؤال والسبب.

ومما يدل على جواز أجرة تعليم القرآن ونحوه أن النبي ﷺ زوج رجلاً بما معه من القرآن - كما في الصحيح - فإذا جاز تعليم القرآن عوضًا في النكاح وقام مقام المهر، جاز أخذ الأجرة عليه في الإجارة.

على أن الحاجة تدعو إلى جواز أخذ الأجرة على تعليم القرآن والعلوم الشرعية عامة، لأن من يقومون بذلك يحتاجون إلى ما به قوام حياتهم وحياة من يعولونهم، وفي اشتغالهم بالحصول على ذلك من زراعة أو تجارة أو صناعة، إضاعة للقرآن والشرع الشريف بانقراض حملته، فلزم إعطاؤهم أجرًا يمكنهم من التفرغ لتعليم القرآن وتبليغه للناس.

وهذا الخلاف إنما هو إذا كان معلم القرآن أو الإمام أو المؤذن أو غيرهم يأخذون أجرهم من غير بيت المال، كمن يجعل أجره على من يصلي خلفه، وأما ما يؤخذ من بيت المال (الخزينة العامة)، أو من الموقوف على أعمال البر، أو الموصى به، والمنذور كذلك، فإن هذا مباح لا يختلف الناس في جوازه على كل عمل يتعدى نفعه، كقضاء وإفتاء، وتعليم قرآن وحديث وفقه، ونيابة في حج، وإمامة في الصلاة، وأذان وإقامة، ونحوها، لأن ذلك من المصالح؛ وما يأخذه في الحقيقة ليس عوضًا ولا أجرة، بل هو رزق للإعانة على الطاعة، ولا يخرجه ذلك عن كونه قربة، ولا يقدح في الإخلاص، وإلا لما استحقت الغنائم وسلب القاتل في الجهاد.

الشرط الرابع: أن تكون المنفعة مملوكة للمؤجر أو مأذونًا فيها؛ ويحترز بذلك عن الأوقاف والربط ومواضع الجلوس من المساجد والطرق والمدارس والساحة العامة وغير ذلك.

فإذا قال شخص: وقفت هذه الدار على سكنى طلبة العلم، ولم يزد على ذلك، اقتضى أنه إنما مَلَّكَ الموقوف عليه الانتفاع بالسكنى، فليس للموقوف عليه أن يؤاجر غيره تلك الدار، بخلاف ما لو مَلَّكهُ المنفعة فله أن يؤاجرها من غيره؛ ذلك أن العلماء فرقوا بين ملك المنفعة وبين ملك الانتفاع.

فملك المنفعة عبارة عن الإذن لشخص في أن يباشر هو بنفسه، أو يمكن غيره من الانتفاع بشيء، سواء أكان بعوض كالإجارة، أم بغير عوض كالعارية، فإذا قال: وقفت منافع هذه الدار على فلان، فللموقوف عليه أن ينتفع بها بنفسه، أو يؤاجر غيره عليها لأنه يملك المنفعة.

وأما ملك الانتفاع فهو عبارة عن الإذن للشخص في أن يباشر هو بنفسه فقط، كالإذن في سكنى المدارس والربط، والمجالس في الجامع والمساجد والأسواق، وموضع النسك كالمطاف والمسعى وعرفات ونحو ذلك، فلمن أذن له في ذلك أن ينتفع به فقط، فلا يجوز لأحد أن يؤاجر بيت المدرسة أو موضع الجلوس في المسجد، لأن الشرع أو الواقف إنما جعل له الانتفاع بنفسه فقط، وأما غير ذلك فغير مأذون فيه، وكذلك بقية النظائر.

ونظير هذا في تمليك الأعيان لا في المنافع، ما يوقف في المدارس من الصهاريج لماء الشرب، فلا يجوز بيع الماء المذكور، ولا هبته للناس، ولا صرفه لنفسه في وجوه غريبة

لم تجر العادة بها كالصبغ، بأن يكون صباغًا فيصرف ذلك الماء في الصبغ دائمًا، لأن العادة وألفاظ الواقفين شهدت بأنه موقوف للشرب فقط، نعم يجوز صرفه للصبغ اليسير، ونحوه الحصر والبسط المفروشة في المدارس والمساجد، فلا يصح إجارتها، ولا إعارتها، لأن ألفاظ الواقفين شهدت بأنها خاصة بتلك الأماكن.

وقس على هذه المسائل ما يقع لك من نظائرها، واحمل مسائل تمليك الانتفاع على بابها، ومسائل تمليك المنفعة على بابها، ومسائل تمليك الأعيان على الجهة التي قصرت العادة وألفاظ الواقفين عليها.

الشرط الخامس: أن تكون المنفعة غير متضمنة استيفاء ذات قصدًا؛ ويحترز بذلك من إجارة الأشجار لثمرها، أو الغنم لنتاجها ولبنها وصوفها وشعرها، والإبل لوبرها، فلا يصح، لأن الإجارة بيع المنافع، فالأجزاء لا تدخل في الإجارة. فإن وقع ذلك كان فاسدًا، لأنه بيع للمعدوم وليس سلمًا، وذلك كما لو استأجر الشجرة لأمرين: المنفعة كالتجفيف عليها وأخذ ثمرها، فلا يصح، لأنه بيع وإجارة، وما وقع عليه البيع وهو الثمر مجهول، وإذا جهل البيع جهل المستأجر عليه، فيفسد العقدان، وإنما قيل استيفاء ذات قصدًا، للاحتراز من إجارة الثياب ونحوها، فإن بعضها يذهب بالاستعمال، لكن ذهابه بحكم التبع ولم يقصد، بخلاف الثمر واللبن والصوف.

- واستثنى من منع استئجار مَا يتضمن استيفاء ذات قصدًا، الشجرة تكون في الدار المستأجرة ثلث الكراء، فيجوز استئجارها، لأنها وإن كان فيها استيفاء ذات لكنها تبع للدار، وكذا استئجار أرض فيها عين وبئر، ففيه استيفاء ذات هو الماء ولكن تبع للأرض، فاغتفر فيه.

واستثنيت الظئر للرضاع والحضانة مع تضمنه لأعيان اللبن، فقد أجمع أهل العلم على جواز استئجار الظئر، وهي المرضعة لقوله تعالى: ﴿ **فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ** ﴾،[1] واسترضع النبي ﷺ لولده إبراهيم، ولأن الحاجة تدعو إليه أكثر من الحاجة إلى غيره، فإن الطفل في العادة إنما يعيش بالرضاع، وقد يتعذر رضاعه من أمه، فجاز ذاك كالإجارة في سائر المنافع؛ فإن استأجرها للرضاع دون الحضانة أو للحضانة دون الرضاع جاز، وكذا إذا استأجرها لهما معا، فإن أطلق العقد على الرضاع فهل

---

(1) سورة الطلاق، الآية 6.

تدخل الحضانة فيه؟ قيل: نعم، لأن العرف جار بأن المرضعة تحضن، فحمل الإطلاق عليه، وقيل: لا تدخل الحضانة، لأن العقد ما تناولها، وقيل: المعتبر في ذلك العرف؛ والحضانة: تربية الصبي وحفظه في مبيته ومؤنة طعامه ولباسه وتنظيف جسمه وأشباه ذلك؛ ولهذا العقد شروط:

أحدها: العلم بمدة الرضاعة، لأنه لا يمكن تقديره إلا بها، لأن السقي والعمل فيها يختلف.

ثانيها: معرفة الصبي بالمشاهدة، لأن الرضاع يختلف بكبر الصبي وصغره وَنَهْمَتِهِ وقناعته، وقيل: لا تشترط مشاهدته، بل تجوز الإجارة على الصبي الغائب إذا ذكر سنه، لأن الرضاع يختلف باختلاف السن؛ والأحسن تجريب رضاعه في قوته في الرضاع لأنه متقارب.

ثالثها: موضع الإرضاع، لأنه يختلف، فيشق عليها في بيته ويسهل في بيتها، وعند المالكية: ترضع حيث اشترطوا، وإلا فعند الوالدين، لأنه العادة، إلا من لا ترضع مثلها عند الناس، أو رب خسيس لا يؤتى إليه.

رابعها: معرفة العوض، ولها اشتراط طعامها وكسوتها لأنه منضبط عادة.

قيل: المعقود عليه في الرضاع خدمة الصبي وحمله ووضع الثدي في فمه، واللبن تبع، كالصبغ في إجارة الصباغ، وماء البئر في الدار، لأن اللبن عين فلا يعقد عليه في الإجارة.

وقيل: المعقود عليه هو اللبن وهو الأشبه، لأن الله تعالى قال: ﴿**فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ**﴾[1]، فجعل الأجر مرتبًا على الرضاع، فيدل على أنه المعقود عليه، ولأنه المقصود دون الخدمة، ولهذا لو أرضعته ولم تخدمه استحقت الأجرة، ولو خدمته ولم ترضعه لم تستحق شيئًا، ولأن العقد لو كان على الخدمة لما لزمها سقيه لبنها، وإنما جاز العقد مع كونه عينًا رخصة، لأن غير اللبن لا يقوم مقامه، والضرورة تدعو إلى استيفائه.

---

(1) سورة الطلاق، الآية 6.

وعلى المرضعة أن تأكل وتشرب ما يُدرُّ لبنها ويصلح به، وللمكترى مطالبتها بذلك، لأنه من تمام التمكين من الرضاع، وفي تركه إضرار بالصبي، فإن لم ترضعه لكن سقته لبن الغنم أو أطعمته، فلا أجر لها، لأنها لم توف المعقود عليه، أشبه ما لو استأجرها لخياطة ثوب فلم تخطه.

ويحمل كلف الصبي في دهنه وغيره على العادة، وإن لم تكن عادة لم يلزمها إلا الرضاع، إلا أن يشترطوا غيره، وإذا مرضت الظئر انفسخت الإجارة إن لم يرج برؤها عن قرب، وإن تبين خلافه فهل يمضي الفسخ لأنه حكم مضى؟ أو يرد لتبين الخطأ؟ في ذلك خلاف.

وإن حملت وخيف على الصبي، فلهم فسخ الإجارة للضرر، ولا يلزمها أن تأتي بغيرها، لذهاب المنفعة المعينة، والمنفعة المعينة لا بدل لها، وتنفسخ الإجارة بموت الصبي، قياسًا على انفساخها إذا ماتت المرضعة، ولأن خلق الصبيان تختلف، ولها بحسب ما أرضعت، وقيل: لا تنفسخ بموت الصبي ويؤتى بخلفه، وهو بعيد؛ وإذا مات أب الصبي قبل نقد الأجرة معسرًا، فلها فسخ الإجارة للضرر، ولو تطوع أحد بأدائها لم تنفسخ لانتفاء الضرر.

وإذا شرطت المرضع نفقتها من الطعام فلا يدخله طعام بطعام إلى أجل فيمنع، لأن النهي عن الطعام بالطعام إلى أجل إنما ورد في الطعام المعتاد، والرضاع لا يفهم عند إطلاق لفظ الحديث بقوله «الطعام بالطعام يدًا بيد».

وهل إباحة إجارة المرضع خاص في الآدميين؟ قيل: إنما يجوز في رضيع الآدميين دون سائر الحيوان للضرورة إلى حفظ الآدمي والحاجة إلى بقائه، وقيل: بل يجوز، ولو كان الرضيع غير آدمي، بل ولو كان محرم الأكل كجحش صغير أو مهر صغير أو غيرهما، فيجوز أن نكرى له حمارة ترضعه للضرورة، وهذا قول أصحاب مالك، وهو الصحيح، لأن حماية الحيوان غير الضار واجبة.

وليس للمرأة ذات الزوج إجارة نفسها إلا بإذنه لاشتغالها عنه بذلك، ولو مات زوج المرضع والحال أنها اشترطت المقام عند الصبي لزمها الرجوع لبيتها تعتد فيه، لأن العدة أقوى من الشرط، لكونها لحفظ النسب، وهو مهم في نظر الشرع؛ والفرق بين المرضع تخرج لتعتد في بيتها، وبين المعتكفة لا تخرج: أن المعتكفة يمنعها من الفساد المسجد

والاعتكاف، فأمكن الجمع بين مصلحة العدة والعبادة، وليس للزوج السفر بالمرضع إن أذن لها بالإرضاع، وإلا فله ذلك وينفسخ العقد.

الشرط السادس: أن تكون المنفعة مقدورًا على تسليمها؛ فلا يصح إجارة الشارد والمغصوب من غير غاصبه، ولا إجارة أرض للزرارعة لا ماء لها قطعًا أو غالبًا، أو ماؤها غامر، ولا استئجار الأخرس للكلام، والأعمى للإبصار، ولا على إخراج الجان وحل المربوط، لعدم تحقق المنفعة، ولكن تجوز الجعالة على ذلك، لأن الأجر في الجعالة لا يستحق إلا بعد العمل.

- ويصح كراء المشاع، كدار وأرض، لأنه يجوز بيعه فجازت إجارته كالمفرد، ولأنه عقد في ملكه يجوز مع شريكه، فجاز مع غيره كالبيع، وهذا قول مالك والشافعي وإحدى الروايتين عن أحمد.

وقال أبو حنيفة وأحمد في رواية: لا تجوز إجارة المشاع لغير الشريك إلا أن يؤجر الشريكان معًا، لأنه لا يقدر على تسليمه بسبب اختلاط المكرى بغيره، فلا تصح إجارته كالمغصوب من غير غاصبه، وذلك أنه لا يقدر على تسليمه إلا بتسليم نصيب الشريك، ولا ولاية له على مال شريكه، قالوا: وفرق بين إجارة المشاع لغير الشريك، وبين ما إذا أجره الشريكان معًا أو أجره لشريكه، ففي حال إجارة الشريكين معًا أو إجارته لشريكه، فإنه يمكن التسليم إلى المستأجر، فأشبه إجارة المغصوب من غاصبه دون غيره، بخلاف محل النزاع، وهو إجارة المشاع لغير الشريك فلا يمكن تسليمه.

وأجيب بمنع امتناع التسليم، بل يسلم الجميع له فيحصل تسليم النصيب المكْرى ضمنًا كالبيع؛ ثم إن كان المشاع المكترى يقبل القسمة كالدار، قسمت منافعها، وسكن المكتري فيما يصير إليه أو أكراه إن شاء، وإن لم يقبل القسمة، أكريت لغيرهما واقتسما كراءها، إلا أن يريد أحدهما بما توقف عليه، فإن أكرى أحد الشريكين بإذن شريكه فالأمر ظاهر، وإن أكرى بغير إذنه ولم يجز الكراء ودعا للبيع، أجيب في طلبه إذا كان مما لا يقبل القسمة، وإن قبل القسمة ودعا إليها قسمت المنافع بالقرعة.

وإن كان الشيء المكترى لواحد، فأَجَرَ نصفَهُ صح، لأنه يمكنه تسليمه، ثم إن أجر نصفه الآخر للمستأجر الأول صح لإمكان تسليمه إليه، وإن أَجَرَهُ لغيره، ففيه الخلاف كالمسألة السابقة، لأنه لا يمكنه تسليم ما أجره؛ وإن أجر الدار لاثنين لكل واحد منهما

نصفها ففيه الخلاف أيضًا، قيل يصح، وقيل لا يصح، لأنه لا يمكنه تسليم نصيب كل واحد إليه على نحو ما قيل في المسألة السابقة.

- وتجوز إجارة الفحل للإنزاء أكوامًا معروفة، وهي الضراب والنزو، أو على مدة كشهر بكذا، لأنه منفعة مقصودة مضبوطة، ولأن الحاجة تدعو إليه، كما دعت الحاجة إلى إباحة إجارة الظئر للرضاع؛ والتقدير إما بمرات الضراب، وإما بالمدة كشهر؛ ولا يجوز كراؤه على نزوة حتى يكلّ الإنزاء، للغرر، هذا مذهب مالك.

وذهب الأئمة أبو حنيفة والشافعي وأحمد إلى عدم جواز استئجار الفحل للضراب مطلقًا، واستدلوا على ذاك بما يلي:

1 - نهيه عليه الصلاة والسلام عن عسب الفحل، متفق عليه.

وأجيب بأن النهي محمول على ما فيه غرر، كاشتراط الحمل، جمعا بين الأدلة.

2 - ولأنه غير مقدور على تسليمه.

وأجيب بأن تنهيض الفحل معلوم عادة من طبعه، فهو مقدور على تسليمه.

3 - ولأنه تافه لا قيمة له فلا يقابل بالأعواض.

وأجيب بأن حركة الفحل مقصودة عادة عند جميع العقلاء، ولولا ذلك لبطل النسل.

4 - إن المقصود من الضراب الماء الذي يخلق منه الولد، فيكون عقد الإجارة لاستيفاء عين، فهو كإجارة الغنم لأخذ لبنها أو الشجر لأكل ثمرها.

وأجيب بأن تلك العين كاللبن في الرضاع للضرورة، فالحاجة تدعو إليها.

هذا وعلى القول بامتناع استئجار الفحل للضراب، فإن احتاج إلى ذلك ولم يجد من يطرق له مجانًا جاز له أن يبذل الكراء، وليس للمطرق أخذ ذلك الكراء، وإنما جاز له دفع الكراء في هذه الحالة، لأن ذلك بذل مال لتحصيل منفعة مباحة تدعو الحاجة إليها كشراء الأسير، ورشوة الظالم ليدفع ظلمه، وإن أطرق إنسان فحله بغير إجارة ولا شرط فأهديت له هدية أو أكرم بكرامة لذلك، فلا بأس به، لأنه فعل معروفًا فجازت مجازاته عليه، كما لو أهدى هدية فجوزي عليها.

- ويجوز عند مالك كراء الأرض التي تروى غالبًا اكتفاء بالغلبة، وقال الشافعي: لا تكفي الغلبة، بل لا بدَّ من القطع بالري حتى يقطع بالتسليم، والأول أولى.

الشرط السابع: أن تحصل المنفعة للمستأجر؛ ويحترز بذلك من العبادات التي لا تقبل النيابة، سواء كان واجبا عينًا كصلاة الفرض وصوم رمضان، أو كفائيًا كصلاة الجنازة، أو كانت سنة كصلاة الوتر، أو رغيبة كركعتي الفجر، أو نفلا كأربع قبل الظهر وبعده، وهكذا كل عمل يختص فاعله أن يكون من أهل القربة، إلا ما دل الدليل على جواز النيابة فيه؛ فما يقبل النيابة عن الغير من الأعمال يجوز فيها الإجارة، وما لا فلا.

- بيان ذلك أن الفعل المطلوب من المكلف شرعًا، إن اشتمل على مصلحة منظور فيها لذات الفاعل بحيث لا تحصل تلك المصلحة إلا بمباشرته منعت فيه النيابة قطعا، وذلك كاليمين، مصلحته الدلالة على صدق المدعي، فلا تحصل بحلف غيره عنه، ولهذا يقال: ليس في السنة أن يحلف أحد ويستحق غيره، وكالدخول في الإسلام، مصلحته إجلال الله وتعظيمه وإظهار العبودية له، فلا تحصل إلا بمباشرة الشخص نفسه، وكمعاشرة الزوجة مصلحته الإعفاف، وتحصيل ولد ينسب إليه، وذلك لا يحصل بفعل غيره.

- وإن اشتمل الفعل على مصلحة منظور فيها لذات الفعل من حيث هو، بحيث لا يتوقف حصول مصلحته على المباشرة، صحت فيه النيابة قطعًا، وبالتالي يجوز الاستئجار عليه، وذلك كرد العواري والودائع والمغصوبات، وقضاء الديون، وتفريق الزكوات، وغير ذلك، مما مصلحته إيصال الحقوق لأهلها، سواء كان بنفسه أو بغيره، فيبرأ من كانت عليه بالوفاء وإن لم يشعر به.

- وإن اشتمل الفعل على مصلحة منظور فيها لجهة الفعل ولجهة الفاعل، فهو متردد بينهما؛ اختلف العلماء في هذا النوع؛ أي الشائبتين تغلب عليه؛ وذلك كالحج، فإن مصلحته كما أنها تأديب النفس بمفارقة الأوطان، وتهذيبها بالخروج عن المعتاد من المخيط وغيره، لتذكر المعاد، والاندراج في الأكفان، وتعظيم شعائر الله في تلك البقاع، وإظهار الانقياد من العبد لما لم يعلم حقيقته، كرمي الجمرات، والسعي بين الصفا والمروة، والوقوف على بقعة خاصة دون سائر البقاع، وغير ذلك من المصالح التي لا تحصى، ولا تحصل إلا بالمباشرة كالصلاة، ولكن كما كان مصلحته كذلك كانت له أيضًا مصلحة القربة المالية غالبًا، إذا لا يعرى الحج عن الإنفاق في السفر؛ فمن لاحظ المعنى الأول كمالك ومن وافقه قالوا: لا تجوز النيابة في الحج، ومن لاحظ الفرق بين

الحج والصلاة، ومشابهة النسك بالمصلحة المالية، نظرًا لأن الحج لا يعرى عن القربة المالية غالبًا في الإنفاق في الأسفار، قال: تجوز النيابة في الحج بشروط مذكورة في الفروع.

ونظرة مالك أقوى وأظهر، لأن المصلحة التي حصولها بالحج تحصل له بالذات، والمالية عارضة، بدليل أن المكّي يحج بلا مال، كما أن من احتاج للركوب إلى صلاة الجمعة فاكترى لذلك فإن المالية عارضة في الجمعة، ولا تصح النيابة فيها إجماعًا، فكذلك لا ينبغي في الحج أن تصح النيابة.

ولغير مالك: أن يفرق بين عروض المالية في الحج وعروضها في غيره، فإن عروض المالية في الحج كثيرة جدًا، مع ما ورد في الأحاديث من الحج عن الصبيان والمرضى، يُحْرِمُ عنهم غيرهُمْ وينوب عنهم في الفعل الذي يشق أو يتعذر عليهم، وهذا يُقَوِّي مشروعية النيابة في الحج.

- وذكر بعضهم أن مما لا يمكن الاستئجار فيه الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، لأن كلا منهما لما لم يفعل لغير العبادة منع الاستئجار عليه، لأن كل واحد من الناس القادرين مأمورون بالقيام بذلك، فلا تجوز النيابة فيهما، وبالتالي فلا تصح الإجارة عليهما.

وبالجملة فكل فعل تعين على المكلف، سواء كان ذلك الفعل واجبًا أو مندوبًا كالوتر وصيام عاشوراء وعرفة، لا يجوز الاستئجار عليه، ومعنى تعين الفعل على المكلف أنه لا يصح وقوعه من غير من خوطب به، فمندوبات الصلاة والصيام والصلاة متعينة على من يؤديها، وإلا لم تحصل المصلحة المقصودة منها.

الشرط الثامن: أن تكون المنفعة معلومة، لأنها المعقود عليها في الإجارة؛ فاشتراط العلم بها كالمبيع، فإن معرفته شرط في صحة البيع، فكذلك معرفة المنفعة في الإجارة، إذ الإجارة معاوضة مكايسة فتمتنع فيها الجهالة والغرر، لنهيه عليه الصلاة والسلام عن بيع المجهول، ولقوله تعالى: ﴿**لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالبَاطِلِ**﴾[1]، فإن كان للمنفعة عرف كسكنى الدار شهرًا لم يحتج إلى ذكرها، لأنه لا يكترى إلا لذلك، فاستغني عن

---

(1) سورة البقرة، الآية 188.

ذكرها، كالبيع بثمن مطلق في موضع فيه نقد معروف، وأما إذا اكترى لحمل زبرة حديد مثلا إلى كذا، موضع معين، فلا بد من ذكر الوزن ههنا والمكان الذي تحمل إليه، لأن المنفعة إنما تعرف بذلك.

رابعًا: أنواعها:

أ - إجارة العين:

تجوز إجارة كل عين يمكن استيفاء المنفعة المباحة منها مع بقاء عينها، كالأرض، والدار، والسيارة، والآلات، والبهيمة، والثياب، والفسطاط، والحبال، والخيام، والسلاح، والكتب، والبساط، والحائط ليضع عليه أطراف خشبه، وحيوان صيد ليصيد به، وسائر ما ينتفع به مع بقائه.

ويشترط لصحة الإجارة في إجارة العين معرفة العين المستأجرة بالمشاهدة، أو الصفات إن كانت تنضبط بوصفها وصفًا شافيًا؛ فعلى هذا إذا كانت العين مما لا تنضبط بالصفة كالدور والحمام والأرض والأسواق والساحات والحوانيت ونحوها، فلا بد من رؤيتها عند العقد، لأن الغرض يختلف في العقار بصغرها وكبرها ومرافقها؛ ففي الحمام مثلا لا بد من مشاهدة قدره ليعلم كبره من صغره، ومعرفة مائه، ومشاهدة مصالحه المختلفة، وكذلك الأمر في الدور والأسواق والحوانيت، فلا بد لتعيينها من الرؤية أو الإشارة إليها، أو أل العهدية، ولا يكفي الوصف لمعرفة العين المستأجرة في العقار، إذ لا يصح أن يكون العقار في الذمة، لأنه لا بد من ذكر موضعه وحدوده مما تختلف به الأجرة، وهذا يقتضي تعيينه بما ذكر، ثم إجارة العين تنقسم إلى قسمين:

القسم الأول: أن تكون على مدة، وهذا يكون في الآدمي وغيره؛ فأما الآدمي فمثل أن يستأجر رجلا يبني معه يومًا، أو يخيط له شهرًا في دكان، أو يحرث له أسبوعًا، أو نحو ذلك، فهذا يسمى الأجير الخاص، لأن المستأجر يختص بمنفعته في مدة الإجارة لا يشاركه فيها غيره.

وأما غير الآدمي فكإجارة الدار شهرًا، والأرض عامًا، والحانوت ثلاثة أعوام مثلا.

ويشترط أن تكون المدة معلومة، وإنما اشترط العلم في هذه الإجارة لأنها هي الضابطة، فاشتراط معرفتها كعدد المكيلات فيما بيع بالكيل؛ فإن قدر السنة بسنة مطلقة

قدرت بالهلالية، لأنها المعهودة عند المسلمين، قال تعالى: ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الأَهِلَّةِ قُلْ هِيَ مَوَاقِيتُ لِلنَّاسِ وَالْحَجِّ﴾[1]، فوجب أن يحمل العقد عليها عند الإطلاق.

وإن استأجر سنة هلالية في أولها عدَّ اثني عشر شهرًا بالأهلَّة، سواء كان الشهر تامًّا أو ناقصًا، لأن الشهر الهلالي ما بين هلالين ينقص مرة ويزيد أخرى؛ وإن جعلا المدة سنة رومية أو شمسية وهما يعلمانها صح العقد.

ولا تقدر أكثر مدة الإجارة، بل يجوز إدارة العين مدة يغلب على الظن بقاؤها فيها وإن طالت؛ وهذا قول عامة الفقهاء إلا من شذ منهم فقال: لا يجوز أكثر من سنة، لأن الحاجة لا تدعو إلى أكثر منها، وتتغير الأسعار والأجر، والصحيح الأول، ولا يلتفت لغيره، وقد قال: تعالى إخبارًا عن شعيب عليه السلام أنه قال: ﴿عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِيَ حِجَجٍ﴾، وشرع من قبلنا شرع لنا ما لم يقم على ما ينسخه دليل، ولأن ما جاز العقد عليه سنة جاز أكثر منها، كالبيع والنكاح والمساقاة، والتقدير بسنة أو بثلاثين تحكم لا دليل عليه، وليس هو بأولى من التقدير بزيادة عليه أو نقصان.

ولا يشترط أن يكون ابتداء الإجارة وقت العقد، فلو أجره في شهر رجب ويكون بداية المدة في المحرم صحت الإجارة، سواء كانت العين مشغولة وقت العقد أو لم تكن، وهذا قول مالك وأبي حنيفة وأحمد؛ وقال الشافعي: لا يصح إلا أن يستأجرها من هي في إجارته، ففيه قولان، لأنه عقد على ما لا يمكن تسليمه في الحال، فأشبه إجارة العين المغصوبة.

والقول الأول هو الصحيح، لأن المدة التي لا تلي العقد يجوز العقد عليها مع غيرها باتفاق، فيجوز العقد عليها مفردة مع عموم الناس كالتي تلي العقد، وإنما تشترط القدرة على التسليم عند وجوبه كالسلم، فإنه لا يشترط وجود القدرة عليه حين العقد؛ ولا فرق بين كونها مشغولة أو غير مشغولة.

وما ذكره المخالف يبطل بما إذا أجرها لمن هي في إجارته، فإنه يصح عنده مع أن تسليمه في الحال غير ممكن أيضا؛

إذا ثبت هذا فإن الإجارة إن كانت على مدة تلي العقد، لم يحتج إلى ذكر ابتدائها من حين العقد، وإن كانت لا تليه فلا بد من ذكره لأنها أحد طرفي العقد، فاحتيج إلى معرفته كالانتهاء، وإن أطلق فقال: أجرتك سنة أو شهرًا، صح، وكان ابتداؤها من حين

(1) سورة البقرة، الآية 189.

العقد، وقال بعضهم: لا يصح حتى يسمي الشهر، والأول هو الصحيح، ففي قوله تعالى حكاية عن شعيب عليه السلام: ﴿**عَلَى أَنْ تَاجُرَنِي ثَمَانِي حِجَجٍ**﴾ لم يذكر ابتداءها، ولأنه تقدير بمدة ليس فيها قربة، فإذا أطلقها وجب أن تلي السبب، كمدة السلم والإيلاء.

القسم الثاني من إجارة العين: إجارتها لعمل معلوم، كإجارة السيارة للركوب إلى موضع معين، أو بقر أو جرارة لحرث مكان، أو دياس زرع، أو استئجار رحى لطحن قفزان معلومة، فيشترط في كل ذلك وما شابهه معرفة العمل وضبطه بما لا يختلف، لأن الإجارة عقد معاوضة فوجب أن يكون العوض فيها معلومًا لئلا يفضي إلى الاختلاف والتنازع؛ والعلم بمقدار المنفعة إما أن يحصل بتقدير المدة كما ذكرنا في إجارة الدار مدة معلومة، وإما بتقدير العمل ووصف ما يعمله بما لا يختلف فيه كالمبيعات.

ب - إجارة الذمة:

وهي إجارة على منفعة في الذمة، وتقع على عمل موصوف في الذمة، فالوصف في هذا الباب يقوم مقام التعيين، فلا بد من تعيين المعقود عليه بذكر جنسه ونوعه، دون التعيين بالمشاهدة كما في إجارة العين، ولا بد أيضًا أن يكون العمل الذي يتعلق بالذمة مضبوطًا بصفات السلم ليحصل به العلم، كاستأجرتك على فعل كذا في ذمتك، أي بنفسك أو بغيرك، أو على أن تحملني بسيارة صفتها كذا لبلد كذا، فيذكر الشيء الذي تستوفى به المنافع، كوصف المركوب، والحمل الذي تستوفى به منفعة المركوب.

ولا يجوز الجمع بين التقدير بالمدة والعمل، فمثلا إذا عين في الخياطة عدد الثياب امتنع الأجل، أو قال: تبني لي هذه الدار في شهر، فيمتنع ذلك؛ فإن جمع بين المدة والعمل في التقدير، وهو يجهل الفراغ من ذلك العدد، أو من بناء الدار في ذلك الأجل، امتنع للغرر، لأنه قد يفرغ قبل الأجل فيخيط بقية الأجل فيزداد العمل، أو بفضل العمل ويسبق الأجل فيقل العمل، أو يقول: الأجل يقتضي استحقاق منفعة الأجير، وامتناع العمل للغير؛ وتعيين العمل يقتضي تعلق العقد بصفة الفعل فقط دون منافع الأجير، وله العمل للغير، فالجمع بينهما متناقض.

وذهب بعض الفقهاء إلى جواز الجمع بين التقدير بالمدة والعمل، وتكون الإجارة معقودة على العمل، فالمدة إنما ذكرت للتعجيل، فعلى هذا إذا تم العمل قبل انقضاء

المدة، لم يلزمه العمل في بقيتها، لأنه وفّى ما عليه قبل مدته فلم يلزمه شيء آخر، كما لو قضى الدين قبل أجله.

وإن مضت المدة قبل العمل، فللمستأجر فسخ الإجارة، لأن الأجير لم يف له بشرطه؛ فإن رضي بالبقاء عليه لم يملك الأجير الفسخ، لأن الإخلال منه، فلا يكون ذلك وسيلة له إلى الفسخ؛ فإن اختار إمضاء العقد طالبه بالعمل لا غير، وإن فسخ العقد قبل العمل سقط الأجر والعمل؛ وإن كان بعد عمل بعضه فله أجر المثل، لأن العقد قد انفسخ فسقط المسمى ورجع إلى أجر المثل.

وللمستأجر استيفاء المنفعة بنفسه، وله أن يجعل مكانه غيره؛ فإذا اكترى دارًا للسكنى فله أن يسكنها غيره، لأنه لم يزد على استيفاء حقه، ولأنه مالك، والمالك له سلطان التمليك لغيره، فجاز أن يستوفيه بنفسه وبوكيله، إذا كان مثله في الضرر أو دونه، كقبض المبيع واستيفاء الدين، وله أن يضع في الدار ما جرت عادة الساكن به من الرحل والطعام ويخزن فيها الثياب وغيرها مما لا يضر بها، ولا يسكنها من يضر بها كالحدادين.

وكل عين استأجرها لمنفعة، فله أن يستوفي مثل تلك المنفعة وما دونها قدرًا وضررًا، ولا يجوز فعل ما هو أكثر قدرا ولو أقل ضررًا، ولا فعل ما دونه قدرًا وأكثر ضررًا؛ ولو خالف ذلك وجب عليه الضمان إذا تلفت العين المستأجرة بذلك، لأن العقد اقتضى استيفاء منفعة مقدرة، فله استيفاء أقل منها، لأنه بعض حقه وليس له استيفاء أكثر منها لأنه أكثر مما عقد عليه.

خامسا: ما يترتب عليها:

لزوم عقد الإجارة:

وعقد الإجارة متى تم مستوفيا لأركانه وشروطه لزم الطرفين، فهو من العقود اللازمة، وليس لأحدهما فسخه ما لم يوجد سبب يقتضي جواز الفسخ، لأنه عقد معاوضة، فكانت لازمة كالبيع، ولأن الإجارة نوع من البيع، وإنما اختصت باسم كالصرف والسلم، ولأن الأصل ترتب الأسباب على مسبباتها، والعقد سبب اللزوم، ولأنه عقد شرع لرفع الضرورة في المنافع فيلزم بالتعاقد كالبيع، ثم هي ثلاثة أقسام: جائزة كخياطة

الثوب واستئجار دار، ومكروهة في الحج والإمامة في الفرض، كأن يؤاجر نفسه إماما للناس على أن يكون أجره من المصلين لا من بيت المال، ولا من وقف المسجد، وإلا فلا كراهة.

ومن الإجارة المكروهة أن يؤاجر المسلم نفسه لذمي لا يناله بذلك منه ذل، وإلا فيحرم، ومختلف في كراهتها وتحريمها، كبناء مسجد لأخذ الكراء ممن يصلي فيه، قيل يكره، لأنه ليس من مكارم الأخلاق، والمشهور عدم الجواز؛ قال في المدونة: ولا يصلح أن يبني مسجدًا ليكريه لمن يصلي فيه، أو يكري بيته لمن يصلي فيه....، وأما كراء الأرض لتتخذ مسجدًا مدة معينة فلا كراهة فيه، لأن للمكتري أن يفعل ما يشاء في مدة الإجارة، فإذا انقضت المدة يكون النقض لباني المسجد يصنع به ما يشاء، ولا يكون النقض وقفًا، لأنه لما بناه قيد الوقف بمدة الإجارة، والوقف عند مالك لا يشترط فيه التأبيد، ولكن كون النقض للباني إذا انقضت المدة، ما لم يرد صاحب الأرض دفع قيمة النقض وأبقاه مسجدا دائمًا، فإن أراد ذلك فإنه يجاب له، وليس للباني امتناع حينئذ.

ضمان من تولَّى المعقودَ عليه وعدم ضمانه:

الأصل أن من تولى العين المؤجرة من أجير، كالراعي وحارس الدار أو البستان، ومستأجر، كمكترى سيارة أو حيوان ونحوهما، أمين، فلا ضمان عليه إذا ادعى الضياع أو التلف، لأن المستأجر قبض العين المؤجرة لاستيفاء منفعة يستحقها منها فكانت أمانة، سواء كان مما يغاب عليه أي مما يمكن إخفاؤه، أم لا، ويحلف إن اتهم: لقد ضاع وما فرطت؛ وغير المتهم لا يحلف، وعلى هذا فلا ضمان على الخفراء والحراس في الأسواق والمؤسسات، كالمدارس والمخازن وغيرها، لأنهم أمناء ما لم يتعدوا أو يفرطوا.

ولو شرط عليهم الضمان بلا تفريط أوكتب عليهم ذلك، فلا عبرة بما شرط أو كتب، لأنه شرط ينافي مقتضى العقد فيفسده، فإن وقع فله أجرة المثل، سواء زادت على التسمية أو نقصت، فإن أسقط الشرط قبل انقضاء العمل أو في أثنائه صحت الإجارة كإسقاطه قبل العمل.

فالمستأجر مصدق في دعواه التلف أو الضياع، سواء كان الاستئجار لركوب، أو حمل، أو لبس، أو غير ذلك، فلا ضمان عليه، لأنه أمين؛ وأما الأجير فإن كان المستأجر عليه غير طعام كالثياب للخياطة والحيوان بالنسبة إلى الراعي، أو كان طعامًا لا تسرع

إليه الأيدي كالقمح، فإنه يصدق في دعواه التلف أو الضياع، ما لم يأت بما يدل على كذبه، وإلا لم يصدق، فعليه الضمان.

وإن كان المستأجر عليه طعامًا تتسارع إليه الأيدي من سمن أو عسل ولحم وزيت وفاكهة، فلا يصدق في دعواه التلف أو الضياع بلا تعدٍّ منه، بل يحمل على الخيانة، حتى يثبت صدقه ببينة، أو يصدقه صاحب الطعام، أو يكون التلف بحضرته أو حضرة وكيله، فإن ثبت صدقه بواحد مما ذكر فلا ضمان عليه.

وإن تعدى الأجير أو المستأجر في فعله، بأن وقع منه خيانة، وجب عليه الضمان، كما لو غرقت سفينة بفعل لا يسوغ في سيرها أو حملها، أو خالف راعي الماشية مرعى شرط عليه، فهلكت أو ضاعت، أو أنزى الفحل على إناث بلا إذن من مالكها، فعطبت أو ماتت تحت الفحل، أو عند الولادة، ما لم يكن ثَمَّ عرف بأن الرعاة تنزي ولا تستأذن، فلا يضمن، أو غرر الأجير بفعل، كربط المتاع بحبل رث، أو مشيه به بمكان زلق عمدًا فعثر فأتلف المتاع، أو مشي في ازدحام. فعليه الضمان في ذلك كله لتعديه؛ ويضمن كل من الراعي والغارٌ القيمة يوم التلف لا يوم التّعدّي ولا يوم الحكم.

أما التعدي بقول فلا ضمان به، فلو أتى بقطعة قماش إلى خياط فقال له: هل تكفي هذه ثوبًا؟ فقال نعم، وهو يعلم أنها لا تكفي، فيذهب صاحبها فيفصلها فلا تكفيه، فلا ضمان على الخياط، لأنه تغرير بالقول، وهو لا أثر له، وهذا ما لم ينضم إليه عقد أو شرط؛ فإن انضم إلى التغرير القوليِّ عقد من الغار أو شرط، فإنه يوجب الضمان.

مثال الأول: أن يقول لزيد اشتر سلعة فلان فإنها سليمة، وهو يعلم أنها معيبة، ويتولى العقد عليها، فقد انضم في هذا إلى التغرير القولي عقد من الغار، فيضمن.

ومثال الغرور القولي مع الشرط: أن يأتي بقطعة قماش إلى الخياط يقول له: إن علمت أنها تكفي ثوبًا ففصلها وإلا فلا، فقال: تكفي، وهو يعلم أنها لا تكفي، فيضمن ما نقصها بسبب التفصيل.

ويستثنى من عدم الضمان بالغرور القولي الذي لم ينضم له عقد ولا شرط، من دَلَّ لصا أو محاربًا أو ظالمًا على مال بقول، فسرقه اللص أو استولى عليه المحارب أو الظالم، فإن الدال بالقول يضمن ذلك المال على المذهب.

ومثل التعدي التفريط، فيلزم الأجير أو المستأجر المفرط ضمان ما تلف أو ضاع بسبب تفريطه، وذلك كما لو نام الحارس اختيارًا في وقت لا ينام فيه الحراس، أو ترك العس في وقت يعس فيه الحارس.

ومن التفريط أيضًا قول الحارس: جاءني إنسان يشبهك فدفعت إليه الثياب، مثلا، أو أتى إليه إنسان ليأخذ المتاع كالثوب، فتركه يأخذه ظنًا منه أنه صاحب الثوب، فتبين خلافه، فيضمن لتفريطه بذلك، وقس على هذا نظائره.

ضمان الصانع: هذا الذي تقدم من أن يد الأجير أو المستأجر يد أمانة في غير الأجير الصانع، أما يد الصانع وهو الأجير على السلعة يؤثر فيها، فيده يد ضمان، فيضمن ما حدث في السلعة، كثوب يخيطه، أو حلي يصوغه، أوكتاب ينسخه، أو خشبة يصنعها، أو سيف يصوغ له على نصله، أو حَبٌّ يطحنه، أو غير ذلك، من كل سلعة يؤثر فيها الأُجير؛ فإذا ادعى تلفه أو ضياعه وهو في يده ضمن ما تلف مما له فيه صنعة، ولو لم يثبت تفريطه، سواء عمله بأجر أو بغيره، وسواء تلف بصنعته أو بغير صنعته، ما لم يكن في صنعته تغرير، وسيأتي؛ وهذا قول أكثر الأئمة مالك وأحمد، وأبي حنيفة إلا أنه فرق بين من يعمل بأجر فيضمن، ومن يعمل بغير أجر فلا يضمن.

وقال الشافعي في أحد قوليه: لا يضمن الأجير ما لم يتعد أو يفرط بفعله، لقوله ﷺ: «لاَ يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إلاَّ عَنْ طِيبِ نَفْسٍ مِنْهُ»، رواه أحمد والدارقطني، وتضمينه من غير ثبوت تَعَدٍّ ولا تفريط أكل للمال عن غير طيب نفس.

وأجيب بأن هذا معارض بقوله ﷺ: «عَلَى اليَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تَرُدَّهُ».

وقال أيضًا: إن الأجير قبض لمنفعة الغير فلا يضمن، كالمودع والوكيل والمساقي والمقارض.

وأجيب بأنا لا نسلم أنه لم يقبض بحق نفسه، بل القبض لمستحق الأُجرة، فوجب أن يضمن كالقرض، فلا يصح القياس على ما ذكر، سلمنا صحة القياس، لكن المودع لم يؤثر في العين تأثيرا يوجب التهمة على أخذه بسبب التغيير وكذلك الوكيل؛ وأما المساقي فكذلك أيضًا، لأن الله تعالى هو مُنَمِّي الثمار، فلم يؤثر المساقي تأثير الصانع الأجير، وأما المقارض، فلو ضمن مع أن المال بصدد الذهاب والخسارة في الأسفار لامتنع الناس منه فتتعطل مصلحته، بخلاف السلع عند الصناع، ومن فرق بين من يعمل

بأجر فيضمن، ومن يعمل بغير أجر فلا يضمن، يقول: إن العامل بغير أجر إنما قبض المصنوع لمنفعة صاحبه فقط، فأشبه المودع فلم يضمن، وإذا قبضها بأجر فالمنفعة لكليهما فيضمن.

ومن حجة من قال إن الأجير الصانع لا يضمن، أن الأصل الأمانة لأجل الإذن في المباشرة فلا تضمن، كالعين المستأجرة.

والصحيح القول بتضمين الصناع، سواء عملوا بأجرة أو بغير أجرة، لأن الخلفاء الراشدين قضوا بتضمينهم وإن لم يَتَعَدَّوا، وقد قال ﷺ: «عَلَيْكُمْ بِسُنَّتِي وَسُنَّةِ الخُلَفَاءِ الرَّاشِدِينَ مِنْ بَعْدِي»، رواه أحمد والترمذي، ولأن التضمين من المصالح، فوجب أن يكون مشروعا، لأن عدم التضمين ذريعة إلى أكل أموال الناس بالباطل، ولأن عمل الأجير المشترك مضمون عليه، فما تولد منه يجب أن يكون مضمونًا، كالعدوان بقطع عضو.

والدليل على أن عمله مضمون عليه، أنه لا يستحق العوض إلا بعمل، وأن الثوب الذي خيط مثلا لو تلف في حرزه بعد عمله لم يكن له أجر فيما عمل فيه، وكان ذهاب عمله من ضمانه.

والضمان يثبت عند القائلين به ولو شرط الصانع نفيه عند العقد، ويفسد العقد بالشرط المذكور، لأنه مناف لمقتضى العقد؛ وإذا لم يطلع على الفساد إلا بعد تمام العمل فله أجرة المثل؛ وفساد العقد بالشرط المذكور، ما لم يسقطه قبل الفراغ من العمل، وإلا صح العقد.

والضمان ثابت أيضًا على الصانع، ولو دعا صاحب الشأن لأخذ الشيء المصنوع بعد فراغه من صنعته من غير أن يحضره فتراخى صاحب السلعة فادعى الصانع ضياعه فيضمن، لأن دعوته لأخذ الشيء من غير تسليم لا يعفيه من الضمان، وهذا إن لم يقبض الصانع أجرته، فإن قبضها صار بعد الفراغ وطلبه لأخذه وديعة عنده، فلا يضمن إلا بتفريط، لأن ذلك شأن الودائع.

والصانع لا يضمن إلا ما كان فيه الصنعة، فلو جعل الشيء المصنوع في ظرف، فادعى الصانع ضياعهما، فإنه يضمن ما له فيه الصنعة لا الظرف، ولو كان ذلك الغير محتاجًا له للعمل؛ فلا يضمن الكتاب إذا دفعه المنسوخ له لينسخ له منه، إذ لا صنعة له

فيه، وكذا إذا دفع إليه سيفا يصوغ له على نصله ودفع معه الجفن فضاع، فإنه لا يضمنه، وكذلك ظرف القمح إذا ضاع عند طحان، ونحو ذلك مما هو محتاج للعمل؛ وإذا كان لا يضمن غير المصنوع ولو كان محتاجًا له في عمل المصنوع، فأحرى في عدم الضمان ما لا يحتاج له، كأحد الخفين يحتاج إلى إصلاح، فيدفع الفردتين إلى الصانع فتضيع التي لا صنعة له فيها، فلا يضمن ما ذكر إذا ضاع، لأنه أمين فيما عدا المصنوع؛ وقيل كما يضمن المصنوع يضمن ما لا يستغنى عن حضوره عنده، سواء احتاج له الصانع أو المصنوع، وقيل يُضمن المصنوع، ويضمن ما يحتاج له الصانع في عمله، مثل الكتاب للنسخ منه، ولا يضمن ما يحتاج إليه المصنوع كظرف القمح والعجين والجفن المدفوع مع السيف.

شروط ضمان الصانع: هذا ويشترط لضمان الصانع لمصنوعه شروط:

* **الشرط الأول:** أن ينصب نفسه للصنعة لعامة الناس؛ يحترز بذلك عن الأجير الخاص لشخص أو لجماعة مخصوصين، فإنه لا ضمان عليه، لأن الذي لا ينتصب للعمل نائب عن المالك في صرف منافعه إلى ما أمره به، فلم يضمن من غير تعد، كالوكيل والمضارب، فيصدق في التلف والرد وطريان العيوب، ويستظهر باليمين إلا أن يكون مبرزًا في عدالته؛ فإن حدث العيب من سبب الصنعة ففي تضمينه قولان، صوابهما عدم الضمان، إلا أن يعلم أنه غر من نفسه أو فرط، مثل الخباز الخاص الذي يسرف في الوقود، أو يزلقه قبل وقته، أو يتركه بعد وقته حتى يحترق، فيضمن حينئذ كغير الأجير، لأنه تلف بتعديه.

* **الشرط الثاني:** أن يغيب الصانع على الشيء المصنوع، بأن صنعه بغير حضور صاحبه وبغير بيته، فلو دُعيَ إلى بيت رب السلعة ليعمل له فيه ولو بغير حضوره، أو لازمه ربها فصنعها بحضوره، ولو بغير بيته، لم يضمن ما نشأ من غير فعله، كماهلو سرق أو غصب أو تلف بنار أو مطر بلا تفريط منه، لأن يده حينئذ يد أمانة لعدم التهمة؛ أما ما نشأ عن فعله من التلف بحضور صاحب السلعة، فإن كان المصنوع مما فيه تغرير أي تعريض للإتلاف لم يضمن، وإن نشأ التلف عن فعل الصانع الذي ليس فيه تغرير، كقطع ثوب أو إحراقه من المكوى بحضور صاحبه، فإنه يضمن على المعتمد لتعديه أو تفريطه.

وإنما كانت يد العامل يد أمانة، لا يضمن إلا بتعد أو تفريط إذا عمل بحضور صاحب المتاع أو بيته، لأن يد صاحب المتاع لم تزل ولم يسلمه إلى العامل، فلا يضمن إلا ما تلف بجنايته، فلو استأجر شخص أجيرًا ليعمل في دكانه والمستأجر حاضر، أو آجره ليعمل له شيئًا وهو معه، لم يضمن العامل ما يتلف ما لم يكن التلف بجنايته، فلو كان صاحب الدكان غائبًا لزم العامل الضمان لما يتلف، ولو لم تثبت جنايته.

* **الشرط الثالث**: أن يكون المصنوع مما يغاب عليه، أي مما يمكـن إخفاؤه - فلو أُرْسِل إنسان إلى معلم ليعلمه أو يُدرّبه على شيء، فادعى المعلم أو المدرب هروبه، فلا ضمان عليه، لأنه مما لا يمكن إخفاؤه، فلا يتهم فيه.

* **الشرط الرابـع**: أن لا يكون في صنعته تغرير أي تعريض للإتلاف، فلا ضمان فيما تلف بالأعمال التي فيها تغرير، كثقب اللؤلؤ ونقش الفصوص وتقويم السيف، فلا ضمان إلا بالتفريط، وهذا إذا ادّعى التلف بالفعل المستأجر عليه وأتى بالعين المصنوعة تالفة، أما لو ادّعى ضياعها أو تلفها ولم يأت بها تالفة فعليه الضمان، ولو لم يثبت تفريطه، لأن الأصل أن الصناع يضمنون كل ما أتى على أيديهم من التلف في المصنوع.

ثم إن عدم الضمان فيما تلف بالأعمال التي فيها التغرير ما لم يفرط كما تقدم، فلو فرط لزمه الضمان، كما لو علم أنه عالج ثقب اللؤلؤ أو نقش الفصوص على غير الوجه المعهود في علاجها، فيضمن إن تلفت.

ومما فيه التغرير الختان والطب؛ فإذا ختن الخاتن صبيا، أو سقى الطبيب مريضًا دواءً، أو أقلع له ضرسًا، أو قطع له شيئًا، أوكواه فمات المختون أو العليل من ذلك، فلا ضمان على الخاتن أو الطبيب، لا في ماله ولا في عاقلته، لأنه مما فيه تغرير، فكأن صاحبه هو الذي عرضه لما أصابه، وهذا إذا كان الخاتن أو الطبيب من أهل المعرفة ولم يخطئ في فعله.

فإذا كان أخطأ في فعله والحال أنه من أهل المعرفة، فلا يعاقب على خطئه، ووجبت الدية على عاقلته؛ وإن كان ما نشأ من فعله من التلف فيما دون النفس، كزوال بعض الأطراف أو العجز عن أمر ما بسبب خطأ الطبيب، فالدية أيضًا على العاقلة فيما فوق الثلث، وفي ماله فيما دون الثلث؛ هذا إذا كان من أهل المعرفة فأخطأ، فإن لم يكن من أهل المعرفة وعرض نفسه لتلك الأعمال أدب بالضرب والسجن، وهل الدية على عاقلته

أو في ماله في هذه الحالة؟ فيه قولان، الراجح أنها من ماله، لأنه فعله عمدًا، والعاقلة لا تحمل دية العمد.

وما قيل في الخاتن وطبيب الإنسان يقال كذلك في البيطري الذي يطرح حيوانًا أو يداويه فيموت من ذلك الدواء، فإن كان من أهل المعرفة ولم يخطئ في فعله لم يلزمه شيء، فإن أخطأ في علاجه والحال أنه من أهل المعرفة، لزمته قيمة الحيوان؛ وإن لم يكن من تعاطى البيطرة من أهل المعرفة، لزمته القيمة والأدب بما يراه الحاكم.

واعلم أن كون الشيء فيه التعريض للإتلاف في صنعته أمر نسبي، فَرُبَّ شيء في علاجه وصناعته تغرير في زمن دون زمن أو مكان كذلك، كاحتراق الخبز في الفرن، فإنه يعتبر مما فيه التغرير عند كثير من الفقهاء، فلا يضمن الفران ما احترق من الخبز عنده، لأن مقدار الحرارة والزمن اللازم لإنتاجه كان غير مضبوط؛ والحق أن ذلك قد تغير، فمقدار الوقود والحرارة اللازمة لإنتاج الخبز بمختلف أنواعه، والزمن اللازم لبقائه في الفرن، كل ذلك صار معروفًا عند الفران بالدقائق، فإذا احترق عنده الخبز لزمه الضمان، إذ لا يكون الاحتراق غالبًا إلا نتيجة الإسراف في الحرارة أو تركه بعد الوقت حتى يحترق، فيضمن لأنه تلف بتعديه.

ومثل هذا يقال في الطب، فإن بعض الأمراض كان علاجها مخاطرة، فصارت الآن ميسورة العلاج، فلا بد من اعتبارها صناعة لا تعريض فيها للإتلاف، فإن حصل تلف بذلك فلا يكون إلا بسبب الخطأ، فلا بد من المحاسبة.

* وإذا ضمن الصانع فإنه يضمنه بقيمته يوم أن دفع إليه صاحب المصنوع، ولا أجرة للصانع، لأنه إنما ضمن قيمته غير مصنوع؛ فلو أراد صاحب السلعة أن يدفع له الأجرة ويأخذ منه قيمته معمولاً لم يُجَبْ إلى طلبه، لأن عمله له فلا يضمنه، وإنما كان الضمان بقيمته يوم القبض لقوله ﷺ: «عَلَى اليَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تَرُدَّهُ»، فأشار إلى وقت الأخذ، وقيل إلى آخر وقت رؤي عنده.

ويضمن الصناع ما أتى على أيديهم من تلف أو ضياع في المصنوع إذا وجدت الشروط السابقة، ولو لم يثبت تَعَدِّيهم أو تفريطهم، إلا أن تقوم بينة بالهلاك أو الضياع من غير سببهم، لأنهم إنما ضمنوا للتهم، فضمانهم ضمان تهمة لا ضمان أصالة، وضمان التهمة تنتفي بإقامة البينة.

وشذ بعضهم فَضَمَّنُوا الصناع ما قامت البينة على هلاكه من غير تعدٍّ منهم ولا تفريط، وجعل صاحب هذا الرأي أيدي الصناع أيدي ضمان كالغاصب، سدًّا للذريعة، فلا تقبل البينة عنده، وهذا شذوذ.

وإن شهدت بينة بفراغه من العمل، وهلاك المصنوع بعد الفراغ، لم يضمن ولا أجرة له، لأنه لا يستحقها إلا بتسليم المصنوع، والتسليم منعدم، ولأن الأجرة إنما استوجبت في مقابلة العمل، وصاحب المصنوع لم يقبض العمل، فأشبه ذلك ما إذا هلك بتفريط من الأجير فلا يستحق الأجرة.

وقيل إذا كان هلاكه بعد تمام الصنعة، أو بعد تمام بعضها، وشهدت بينة بالهلاك، وسقط الضمان عنهم، ثبتت لهم الأجرة؛ ووجه هذا القول أن المصيبة إذا نزلت بالمستأجر فوجب أن لا يمضى عمل الصانع باطلا، والقول الأول هو الأصح، لأنه أكثر نظرا إلى المصلحة، لأن العدل أن يشتركوا في المصيبة.

* وإذا أحضر الصانع المصنوع على الصفة التي شرطها عليه، فتركه صاحب السلعة عنده وادعى ضياعه، فإنه يصدق، لأنه خرج عن حكم الإجارة إلى حكم الإيداع؛ وهذا إذا كان قد دفع الأجرة، وإلا كان بقاؤه عنده رهنا فيها، فحكمه حكم الرهن.

* ولو نحر راع بعيرا أو ذبح شاة وادعى خوف موت لما نحره أو ذبحه، ونازعه المالك وقال: بل تعديت، صدق الراعي، وإن اتهم حلف، ولو قال الراعي: ذبحتها خوف موتها ثم سرقت مني مذبوحة – ومثل الراعي الملتقط. أو ادعى الحجام قلع ضرس أذن له فيها ونازعه صاحبه وقال: بل قلعت الضرس غير المأذون فيه، أو ادعى الصباغ نوعا من الصبغ بأن قال: أمرتني به، وقال ربه: بل أمرتك بغيره، وأشبه ما يدعيه الصباغ، فيصدق الأجير في هذه المسائل.

وترجيح قول الأجير في قلع الضرس المأذون فيه إذا كانتا معتلتين، حتى يكون كل منهما أتى بما يشبه، وترجح جانب الأجير لكون صاحب الضرس أقر عمل الأجير عند المباشرة؛ أما إن كانت السن الباقية سالمة والمقلوعة مريضة، صدق الحجام قولا واحدا لإتيانه بما يشبه، وإن كان العكس، أي المقلوعة سالمة والباقية معتلة، صدق صاحب الضرس لإتيانه بما يشبه دون الآخر.

* هذا وللصناع منع ما عملوا وعدم التسليم حتى يقبضوا أجورهم كالبائع في البيع، لأنهم بائعون لمنافعهم، وهم أحق به في الموت والفلس، وكذلك حامل المتاع أو الطعام على رأسه أو دابته أو سفينته، لأن المنفعة المستأجر عليها إنما تحصل بتسليم العين، فكأنها سلعتهم بأيديهم، وهو مورد الحديث الوارد في الفلس، إذ قال ﷺ: «أَيُّمَا رَجُلٍ مَاتَ أَوْ أَفْلَسَ فَصَاحِبُ المَتَاعِ أَحَقُّ بِمَتَاعِهِ إِذَا وَجَدَهُ بِعَيْنِهِ»، وفي رواية: «فَهُوَ أَحَقُّ مِنَ الْغُرَمَاءِ»، رواه البخاري ومسلم وأبو داود.

* هذا ويضمن الصانع قيمة ما أفسده أجيره، وأما أجير الصانع فلا ضمان عليه، لا للصانع ولا لرب الشيء المصنوع الذي تلف، لأنه أمين للصانع، ما لم يتعد أو يفرط، سواء غاب على مصنوعه أم لا، وقيل: إن أجير الصانع إذا غاب بالمصنوع ثم ادّعى الضياع لزمه الضمان ولو لم يثبت تفريطه، فإذا كان الغسال يبعث الثياب إلى المغسل مع أجرائه، والخياط يذهب أجراؤه بالثياب إلى بيوتهم، وادعوا الضياع ضمنوا، لأنهم كالصانع يغيب على السلعه، ثم إذا ضَمَّنَّا أجير الأجير فلصاحب الشيء تضمين الأجير، وله أخذ أكثر القيمتين، يوم قبض الأجير، أو قبض الصانع؛ فإن كان الشيء المصنوع يوم قبض الثاني أي أجير الصانع أقل، رجع بكامل قيمته على الأول أي الصانع، لأن الثاني غريم الغريم.

* ولو اختلف الصانع ورب الشيء المصنوع في مخالفة الشرط، فادعى رب المصنوع أن الصانع خالف الشرط في الصنع، وادعى الصانع موافقة الشرط، فالمصدق هو الصانع، لأنه مدعى عليه الغرامة، وإذا زاد عامدًا فلا أجرة له، أو غالطا وأراد رب المصنوع أخذ الزيادة دفع الأجرة، وإن لم يرد أخذها، فإن كان ينقسم بغير ضرر قطعت له الزيادة، وإن أضر ذلك بأحدهما كانا شريكين إن لم يرض بدفع الأجرة؛ وإذا قاسمه أو شاركه غرم مثل ما دخل الزيادة من الغزل.

* ولو استأجره على صياغة فصاغ خلافها، خُيِّر الصانع بين إعادة صيغته كما استؤجر عليه بعد التصفية من اللحام المخالط، أو يغرم مثل الذهب ويصوغه ثانية، إلا أن يكون فاسد الذمة، فلصاحبه إجباره على كسره وإعادته، ولا يلزمه أخذ المثل حينئذ.

موجبات فسخ الإجارة:

موجبات فسخ الإجارة والكراء: هي فوات المنفعة، كلها أو بعضها، إما عرفا وإما شرعًا؛ ومن استأجر شيئًا فحيل بينه وبين منفعة ما استأجره، فذلك له أحوال:

أحـدهـا: أن تتلف العين المستأجرة قبل قبضها، فالإجارة تنفسخ بلا خلاف، لأن المعقود عليه تلف قبل قبضه، فأشبه ما لو تلف الطعام المبيع قبل القبض.

الثـانـي: أن تتلف عقيب قبضها، فالإجارة تنفسخ أيضًا، ويسقط الأجر في قول عامة الفقهاء إلا ما نقل عن أبي ثور أنه قال: يستقر الأجر في هذه الحالة، لأن المعقود عليه تلف بعد قبضه، فأشبه المبيع المقبوض؛ وهذا غير صحيح، لأن المعقود عليه في الإجارة المنافع، وقبضها باستيفائها أو التمكن من استيفائها، ولم يحصل ذلك، فأشبه تلفها قبل قبض العين.

الثـالث: أن تتلف بعد مضي شيء من المدة مع التمكن من استيفائها، فإن الإجارة تنفسخ فيما بقي من المدة دون ما مضى، ويكون للمؤجر من الأجر بقدر ما استوفى من المنفعة أو تمكن منها، لما ذكرنا من أن المعقود عليه المنافع، وقد تلف بعضها قبل قبضه، أو قبل التمكن منه، فبطل العقد فيما تلف دون ما قبض.

الإجارة فيها عين تستوفى المنفعة منها، وعين تستوفى بها:

والقاعدة في هذا الباب: أن كل عين تستوفى المنفعة منها، فبهلاكها أو تعذر استيفاء ما استأجر عليه منها تنفسخ الإجارة، كموت الدابة المعينة، واحتراق السيارة المعينة للكراء، والدار المعينة كذلك؛

وأما العين التي تستوفى بها المنفعة، فبهلاكها أو تعذر استيفاء ما استأجر عليه به لا تنفسخ، كموت الشخص المستأجر للعين المعينة، فإذا مات المستأجر يقوم وارثه مقامه في استيفاء المنفعة الباقية.

هذا هو الأصل، ولكن يستثنى من هذا الأخير حالات يجب أو يجوز فسخ الإجارة فيها، مع أن تعذر الاستيفاء فيما تستوفى به لا فيما تستوفى منه، لأسباب ترجح الفسخ؛ وقيل: تنفسخ الإجارة بتلف ما تستوفى به كما تنفسخ بتلف ما تستوفى منه؛ والتفريق بين الحالتين أصح، وإليك أمثلة للحالتين:

* أولا: لما تنفسخ فيه بتلف أو تعذر ما تستوفي منه:

- إذا وجد في الدار المكتراة ما يمنع نفعها كانهدامها، نظر فيها، فإن لم يبق نفع أصلا فهي كالتالفة سواء، فالإجارة تنفسخ؛ فإن كان ذلك بعد الشروع في استيفاء المنفعة، انفسخت فيما بقي من المدة، فله الأجرة فيما مضى؛ وإن انهدم بعضها لا كلها،

فإن أضر كثيرًا فللمكتري رد الدار؛ فإن شاء سكن، قيل: بجميع الأجرة، لأنه رضي بها، وقيل: يحط عنه من الكراء بقدر ما نقص لذهاب بعض المعوض عليه؛ وإن كان انهدامها يسيرا أوكثيرًا لا يضر، كانهدام الشرفات، فلا مقال للمستَأجر لعدم الضرر، وما فيه ضرر يسير سقط من الكراء بقدره.

وإن بقي في الدار بعد انهدامها نفع غير ما استأجرها له، مثل أن يمكن الانتفاع بعرصة الدار لنحو وضع حطب، انفسخت الإجارة أيضًا، لأن المنفعة التي وقع العقد عليها تلفت فانفسخت الإجارة، كما لو استأجر للركوب دابة فزمنت، ولأنه زال اسمها بهدمها، وذهبت المنفعة التي تقصد منها، ولذلك لا يستأجر أحد عرصة دار ليسكنها.

– وإذا اكترى أرضا فغرقت أو انقطع ماؤها، فإن لم يبق فيها نفع أصلا فهي كالتالفة، فالحكم ما تقدم في الدار، وإن بقي بها نفع غير ما استأجرها له، مثل أن يمكن الانتفاع بالأرض بوضع خيمة في الأرض التي استأجرها للزرع، أو صيد السمك من الأرض التي غرقت، انفسخت الإجارة أيضًا، لأن المنفعة التي وقع العقد عليها تلفت فانفسخت الإجارة، لأن بقاء المنافع غير المعقود عليها لا يمنع انفساخ العقد بتلف المنافع المعقود عليها، كالأعيان في البيع.

فأما إن أمكن الانتفاع بالأرض المكتراة فيما اكتراها له على نوع من القصور، مثل أن يمكنه زرع الأرض بغير ماء، أو كان الماء منحسرا عن الأرض التي غرقت على وجه يمنع بعض الزراعة، أو يسوء الزرع، لم تنفسخ الإجارة، لأن المنفعة المعقود عليها لم تزل بالكلية، فأشبه ما لو تعيبت، وللمستأجر خيار الفسخ.

– وإذا غصبت العين المستأجرة كالدار والأرض، أو غصبت منفعتها، وكان الغاصب ممن لا تناله الأحكام، فللمستأجر الفسخ، لأن فيه تأخر حقه، فله الخيار، إن شاء أبقى الإجارة، وإن شاء فسخها، فإن أبقاها من غير فسخ صار ذلك المستأجر مع الغاصب إذا زرع الأرض أو سكن الدار بمنزلة المالك، فتكون الأجرة له؛ وأما إذا كان الغاصب تناله الأحكام، فلا تنفسخ الإجارة.

– ولو استأجر حيوانا ذكرًا للنزو أسبوعا أو عشر مرات بدينار فمات بعد مرة، أو حملت الأنثى من مرة أو مرتين، انفسخت الإجارة، ولصاحب الحيوان الأجرة بحساب ما عمل.

- وإذا حدث خوف عام يمنع من سكنى المكان الذي فيه العين المستأجرة، أو يحصر فيمتنع خروج الستأجر إلى الأرض المستأجرة للزرع، ثبت للمستأجر خيار الفسخ، لأنه أمر غالب يمنع من استيفاء المنفعة، فأثبت الخيار كغصب العين، وكذا أمر السلطان بإغلاق الحوانيت بحيث لا يتمكن من الانتفاع بها.

- وتنفسخ الإجارة بموت المرضعة لفوات المنفعة بهلاك محلها، ولا يجب في مالها أجر من ترضعه تمام الوقت، وكذا لو حملت المرضع أو حصل لها مرض لا تقدر معه على رضاع، فتنفسخ الإجارة إن تحقق ضرر الرضيع بلبن الحامل، ولو قدرت المرضع على رضاع مع الحمل أو المرض لم يفسخ إلا أن يضر بالرضيع، وإن لم يتحقق الضرر كان لأهله الخيار، ولو صحت المرضع من المرض فلا تنفسخ الإجارة، ويلزمها بقية العمل، ويسقط من الكراء بقدر ما عطل زمن المرض.

- وإذا هرب الأجير أو مرض ولا قدرة له على ما استأجر عليه، فللمستأجر خيار الفسخ، إلا أن يعود من مرضه أو هربه في أثناء المدة، فلا تنفسخ، ويرجع للإجارة، ويلزمه بقية العمل، ويسقط من الكراء بقدر ما عطل زمن المرض أو الهرب.

- وإذا اكترى عينا فوجد بها عيبا لم يكن علم به، فله فسخ العقد، لأن العيب يوجب الخيار في الإجارة كالبيع، وذلك كما لو كانت الدابة عضوضًا تعض من يقرب منها، أو جموحًا صعبة الانقياد، أو عشواء لا تبصر ليلا، ونحو ذلك، وإن رضي به بالعيب ولم يفسخ لزمه جميع العوض، لأنه رضي به ناقصا، فأشبه ما لو رضي بالمبيع معيبا.

- وإذا عقد ولي صغير على نفسه أو على سلعته، فبلغ الصبي ورشد قبل انقضاء المدة، لا يلزمه باقيها، إلا أن تكون إجارة الولي في مدة لا يظن في مثلها البلوغ، ويكون الباقي من مدة الإجارة كالشهر ونحوه؛ فإن عقد عليه في مدة يظن في مثلها البلوغ قبلها، لم يلزمه لا في نفسه ولا في ماله، لأن الأصل عدم نفوذ تصرف غير الإنسان عليه إلا للضرورة.

والسفيه البالغ الذي عقد وليه على سلعته أو على نفسه ثلاث سنين فرشد في أثنائها، تلزمه الإجارة، ولا خيار له حيث بقي من المدة الثلاث سنين فدونها، والفرق بين السفيه والصبي هو أن رشد السفيه لا ينضبط بخلاف البلوغ، فولي السفيه معذور فيه

- ولو أكترى رحا للطحن للناس بالأجر، فذهب الناس من تلك المحلة، فهو كانهدام الرحا، فتنفسخ الإجارة لانعدام المنفعة وتعذرها، لأنه لا يأتيه من يطحن، وكذلك الأمر في فنادق الموسم إذا امتنع الناس، وبالجملة فمهما تعذرت المنفعة انفسخت الإجارة.

*** ثانيا أمثلة لما تنفسخ فيه الإجارة بتلف ما تستوفى به:**

- إذا مات الصبي المرتضع انفسخ العقد، لأنه يتعذر استيفاء المعقود عليه، إذ لا يمكن إقامة غيره مقامه، لاختلاف الصبيان في الرضاع، واختلاف اللبن باختلافهم.

- ولو استأجر المرضعَ على صبيين حولين، فمات أحدهما بعد حول، وضع عن المستأجر بعض الأجرة، ثم لها أن ترضع مع الباقي غيره، لأنه دخل على المشاركة، ولو أجرها على صبي لم يكن لها إرضاع غيره لاستحقاقه جملة الرضاع؛ وقيل: إذا مات أحد الصبيين انفسخت الإجارة بعدم انضباط حصته.

- ولو استأجر شخصا للتعليم فمات المتعلم، انفسخت الإجارة، ولا يجب على المستأجر الإتيان بمتعلم آخر بدل الأول، لاختلاف المتعلمين في البلادة والحذاقة.

- ولو استأجر الفحل للنزو أكواما معروفة أو شهرًا بكذا، فماتت الأنثى بعد مرة، أو حملت، فسخت الإجارة.

- وإذا استأجر صاحب الفرس شخصا يعلمها حسن الجري، فماتت أو عطبت قبل تعليمها، تنفسخ الإجارة، وللأجير وصاحب الفحل الأجر بحساب ما عمل.

- ولو استأجره على حصد زرع معين، وحرث أرض بعينها، ليس لربها غيرهما، وكذا بناء حائط بدار، فيحصل مانع من ذلك وليس لربه غيره، وكان المانع من جهة رب الزرع أو الحائط، كأن تلف الزرع أو يبست الأرض، فسخت الإجارة لتعذر الخلف، وقيل: لا تنفسخ، بل يقال لربها: ادفع جميع الأجرة أو ائت بغيرها.

- ولو اكترى طبيبًا لقلع ضرس فسكن ألمها ووافقه الآخر على ذلك، أو دلت القرينة على صدقه، فسخت الإجارة؛ أما إذا نازعه الطبيب فلا يصدق، ولكن فائدة عدم التصديق لزوم الأجرة، لا أنه يجبر على القلع.

- وفسخ الإجارة في هذه المسائل على خلاف الأصل، إذ الأصل أن الإجارة لا تفسخ بتعذر ما تستوفى به.

* هذا، وقد يكون فوات المنفعة شرعا لا عرفا، فتنفسخ الإجارة لامتناع استيفائها، كأن يستأجر شخص على استيفاء القصاص، ثم وقع عفو عن القصاص المستأجر على استيفائه، فتنفسخ الإجارة لتعذر الاستيفاء شرعًا، وهذا إذا عفا غير المستأجر، وأما إن عفا المستأجر نفسه فلا تنفسخ، وتلزمه الأجرة، ففائدة عدم الفسخ إذا كان العفو من المستأجر، هي لزوم الأجر، وإلا فالقصاص قد سقط بالعفو؛ ومن ذلك أيضًا ما لو استأجر طبيبًا لقلع الضرس المريضة أو اليد المتآكلة فبرئت، فإزالة اليد وقلع الضرس قد امتنع شرعًا، فتنفسخ الإجارة.

الأعذار التي لا تنفسخ بها الإجارة: القاعدة: أن تعذر ما تستوفى به المنفعة كالساكن والراكب، وما يحمل من الأمتعة، لا يؤثر في الإجارة فتستمر، سواء كان التعذر بأمر سماوي كموت الساكن أو الراكب، أو تعذر بغير سماوي، وسواء كان بتفريط أو لا، فلا تنفسخ، إلا ما استثني مما تقدم، كموت الرضيع أو المتعلم ونحوهما من الأمثلة السابقة؛ وما عدا تلك الصور المستثناة، فإن الإجارة لا تنفسخ بتعذر ما تستوفى به؛ هذا هو المشهور من مذاهب العلماء، وإليه ذهب مالك في أشهر رواية عنه.

- وقيل: تفسخ الإجارة بتلف أو تعذر ما يستوفى به، كما تنفسخ بتلف ما يستوفى منه؛ فمتى تعذر استيفاء المنفعة جاز فسخها، سواء كان التعذر بسبب ما يستوفى منه أو بسبب ما يستوفى به.

- وقيل: إن كان التلف بأمر سماوي كاحتراق المتاع، لم تنفسخ، ويأتيه المستأجر بمثله ليستوفي به، وإن كان التلف من قبل العامل، كما لو أتلف الأجير الأمتعة التي ينقلها بأجرة، فتنتقض الإجارة ولا كراء له؛ وقيل: له من الكراء بقدر عمله.

وإليك أمثلة مما لا تنفسخ فيها إما اتفاقًا، وإما على خلاف:

* لا تنفسخ الإجارة بعذر لأحد العاقدين، كأن يكتري دكانًا فيحترق متاعه، أو اكترى سيارة ليسافر بها فيمرض ولا يتمكن من الخروج، وما أشبه هذا، وقال بعضهم: يجوز للمكتري فسخها لعذر في نفسه، كهذه الأعذار المذكورة، لأن عذرًا كاحتراق المتاع يتعذر معه استيفاء المنفعة المعقود عليها، فملك به الفسخ.

والقول بعدم الفسخ أصح، لأنه عقد لا يجوز فسخه مع استيفاء المنفعة المعقود عليها لغير عذر، فلم يجز لعذر في غير المعقود عليه، ولأنه لو جاز فسخه لعذر المكتري لجاز لعذر المكري، تسوية بين المتعاقدين، ودفعا للضرر عن كل واحد منهما، ولكن لم يجز ذلك في المكري باتفاق، فلا يجوز في المكتري.

* ولا تنفسخ بموت المكتري أو المكري، بل يقوم الوارث مقامه في استيفاء المنافع الباقية بعد موت مورثه، وهذا قول الأكثرين، منهم مالك والشافعي وأحمد.

وقال بعضهم: تنفسخ الإجارة بموت أحد العاقدين، لأن استيفاء المنفعة يتعذر بالموت، لأنه بالعقد استحق استيفاءها على ملك المؤجر، فإذا مات زال ملكه عن العين، فانتقلت إلى ورثته، فالمنافع بعد الموت تحدث على ملك الوارث، فلا يستحق المستأجر استيفاءها، لأنه لم يعقد مع الوارث بل مع المورث؛ وإذا مات المستأجر لم يمكن إيجاب الأجر في تركته، والقول بعدم الفسخ أصح، لأنه عقد لازم فلم ينفسخ بموت العاقد مع سلامة المعقود عليه.

وما ذكروه لا يصح لما بيناه فيما سبق أن المستأجر ملك المنافع المعقود عليها إلى المدة المحددة بمجرد تمام العقد، فيكون حدوثها على ملكه، فقد ملكها في حياته؛ فإذا مات انتقلت إلى ورثته بعد أن ملكها، فليست هناك منافع تحدث على ملك الوارث، وكذلك الأجرة، قد ملكت على المستأجر في وقت العقد، فالمؤجر يملكها بمجرد العقد، فلا يصح القول بأنه لم يمكن إيجاب الأجر في تركته، بل تدفع الأجرة من التركة لأنها وجبت بالعقد، ولو صح ما ذكروه قلنا: إن وجوب الأجر هنا بسبب من المستأجر، فوجب في تركته بعد موته، كما لو حفر بئرًا فوقع فيها إنسان بعد موته، ضمنه في ماله، لأن سبب ذلك كان منه في حياته، فكذا هنا.

- إذا مات المكترى ولم يكن له وارث يقوم مقامه في استيفاء المنفعة، أو كان غائبًا، كمن اكترى شيئًا كسيارة في سفر ويموت وليس له وارث حاضر يقوم مقامه، فإن الإجارة تنفسخ فيما بقي من المدة، لأنه قد جاء أمر غالب من الله يمنع المستأجر استيفاء المنفعة، فأشبه ما لو غصبت، ولأن بقاء العقد ضرر في حق المكري والمكتري، لأن المكتري يجب عليه الكراء من غير نفع، والمكري يمتنع عليه التصرف في ماله مع ظهور امتناع الكراء عليه.

وقيل لا ينفسخ عقد الإجارة بعذر في المستأجر مع سلامة المعقود، عليه كما لو حبس مستأجر الدار ومنع من سكناها؛ وهذا قياس لا يصح، لأن المحبوس يمكن خروجه في كل وقت من الحبس وانتفاعه، ويمكن أن يستنيب من يستوفي المنفعة له إما بأجرة أو غيرها، بخلاف الميت فإنه قد فات انتفاعه بنفسه ونائبه، فأشبه ما لو اكترى من يقلع له ضرسه فبرأ، أو انقلع قبل قلعه.

* ويصح بيع العين المستأجرة لغير المستأجر، وقيل: لا يصح، لأن يد المستأجر تمنع التسليم إلى المشتري، فمنعت الصحة كما في بيع المغصوب.

والقول الأول أصح، لأن الإجارة عقد على المنافع فلم تمنع الصحة؛ وقول المخالف: يد المستأجر تمنع التسليم، لا يصح، لأن يد المستأجر إنما هي على المنافع والبيع على الرقبة، فلا يمنع ثبوت اليد على أحدهما تَسْلِيمَ الآخر، ولأن العين المستأجرة منعت التسليم في الحال، فلا تمنع في الوقت الذي يجب التسليم فيه، وهو عند انقضاء الإجارة، ويكفي القدرة على التسليم حينئذ كالمسلم فيه.

وقال أبو حنيفة: بيع العين المستأجرة موقوف على إجازة المستأجر، فإن أجازه جاز وبطلت الإجارة، وإن رد بطل؛ وهذا مردود بأن البيغ على العين، والإجارة على المنفعة، فلا تعتبر إجازة المستأجر.

إذا ثبت أن بيع العين المستأجرة صحيح، فإن المشتري يملك المبيع مسلوب المنفعة إلى انقضاء الإجارة، ولا يستحق تسليم العين إلا حينئذ، لأن تسليم العين إنما يراد لاستيفاء نفعها، وإنما يستحق نفعها إذا انقضت الإجارة، فكان كمن اشترى عينًا في مكان بعيد لا يستحق تسليمها إلا بعد مضي مدة يمكن إحضارها فيه؛ وقياسًا على من أسلم إلى وقت لا يستحق تسليم المسلم فيه إلا في وقته، فإن كان لا يعلم المشتري بالإجارة عند الشراء خير بين الفسخ وإمضاء البيع بكل الثمن، لأن ذلك عيب ونقص.

* هذا، وأما بيع العين المستأجرة للمستأجر نفسه فيصح، لأنه إذا صح بيعها لغيره فله أولى، إذ العين بيده، ولكن هل تبطل الإجارة؟ فيه خلاف.

قيل: لا تبطل، لأنه ملك المنفعة ثم ملك الرقبة المسلوبة المنفعة بعقد آخر، فلم يتنافيا، فأشبه من يملك الثمرة بعقد ثم يملك الأصل بعقد آخر؛ ولو أجر الموصى له بالمنفعة مالك الرقبة، صحت الإجارة، فدل على أن ملك المنفعة لا ينافي الملك على الرقبة؛ ولذلك لو

استأجر مالك العين المستأجرة من مستأجرها جاز ذلك، ما لم يكن فيه تهمة سلف جر منفعة، كإيجاره بعشرة لأجل، واستئجاره منه بثمانية نقدًا، فيمنع للتهمة.

وإذ قد تبين أن لا تنافي بين ملك المنفعة بإيجار ثم ملك الرقبة بشراء، فإن المستأجر يستوفي المنافع بحكم الإجارة إلى انتهاء المدة، فيكون الأجر باقيا عليه بحكم الإجارة، وعليه الثمن بحكم الشراء، فيجتمعان للبائع، كما لو كان المشتري غيره.

وقيل: تبطل الإجارة فيما بقي من المدة، لأنه عقد على منفعة العين، فبطل بملك العاقد الرقبة ،كما لو تزوج أمة ثم اشتراها، بطل نكاحه، ولأن ملك الرقبة يمنع ابتداء الإجارة، إذ لا يستأجر المرء ملكه فيمنع استدامَتَها كالنكاح؛ فعلى هذا القول يسقط من المشتري الأجر فيما بقي من مدة الإجارة، فيكون كما لو بطلت الإجارة بتلف العين؛ فإن كان المؤجر قد قبض الأجر كله حسبه عليه من الثمن، إن كان من جنس الثمن.

وسبب الخلاف في هذه المسالة: هو أن القدرة على التسليم شرط في البيع، والرقبة المبيعة مسلمة للمستأجر ليستوفي منها المنافع، فيعذر تسليمها للمشتري، فبطل البيع، أو تفسخ الإجارة حتى يتمكن من التسليم، وعقد البيع أقوى من عقد الإجارة لتناوله الأصل، والمنافع فروع، فيبطل عقدها لتصحيح عقد الأصل، أو تكون الدار مثلا في يد المستأجر كما تكون في يد البائع، إذا استثنى منافعها مدة فلا يتنافى ذلك، أو يقال عقد البيع هنا نقل الملك ناقصا لصفته، فكأن المشتري أجر بعد البيع، أو يقال عقد الإجارة سابق، فيخير المستأجر، فهذه المدارك هي منشأ الخلاف في المسألة.

* واعلم أن الإجارة نوعان: إجارة عين وإجارة ذمة، كما تقدم:

الأول: أن تقع الإجارة على عين، كاستئجار أجير معين على عمل معين، مثل استئجار خطاط معين لنسخ كتاب معين، وَبَنَّاءٍ معين لبناء حائط معين، وكمعلم معين لتعليم صبي معين، ونحو ذلك.

فهذا إن تعذر استيفاء المنفعة منه بسبب وفاة أو هرب أو حبس أو مرض أو نحو ذلك، فإن الإجارة تنفسخ لفوات المنفعة بفوات محلها، فإن كان ذلك الفوات في أثناء العمل استحق الأجير من الأجر بقدر ما مضى؛ فإن زال العذر قبل انتهاء مدة الإجارة، رجع للإجارة فلا تنفسخ، وذلك بأن خرج من حبس أو رجع من هرب، أو شفي من مرض، فلزمه بقية العمل، ويسقط من الكراء بقدر ما عطل زمن الهرب أو المرض، كما تقدم.

ولا يصح للأجير المعين أن ينيب عنه غيره، فلو مرض مثلا لم يقم غيره مقامه، لأن الإجارة وقعت على عمله بعينه، لا على شيء في ذمته، وعمل غيره ليس بمعقود عليه، فأشبه ما لو اشترى معينًا لم يجز أن يدفع إليه غيره ولا يبدله له.

النوع الثاني: وهو الذي يقع على عمل في الذمة، كخياطة ثوب، أو بناء حائط، أو على حمل إلى موضع معين، ونحو ذلك، فهذا النوع لا تنفسخ فيه الإجارة؛ فلو مرض الأجير وجب عليه أن يقيم مقامه من يعمله، لأنه حق وجب في ذمته، فوجب عليه إيفاؤه، كالمسلم فيه، ولا يلزم المستأجر إنظاره، بل يستأجر من ماله من يعمله، لأن العقد بإطلاقه يقتضي التعجيل، وفي التأخير إضرار به؛ فإن لم يمكن الإتيان بمن يقوم مقامه، ثبت للمستأجر الفسخ، فإن فسخ فلا كلام، فإن لم يفسخ وصبر إلى أن يقدر عليه، فله مطالبته بالعمل، لأن ما في الذمة لا يفوت؛ فإن كانت الإجارة على عمل في الذمة لكن لا يقوم غير الأجير مقامه، كالنسخ، فإنه يختلف القصد فيه باختلاف الخطوط، فإنه لا يكلف إقامة غيره مقامه، ولا يلزم المستأجر قبول ذلك إن بذله الأجير، لأن العوض المطلوب لا يحصل في هذه الحالة من غير الناسخ كحصوله منه، فأشبه ما لو أسلم إليه في نوع، فسلم إليه غيره.

* ومن اكترى شيئًا كسيارة أو حيوان، فامتنع المكري من تسليمه في بعض المدة، أو أجر شخص نفسه للخدمة مدة وامتنع من إتمامها، أو أجر نفسه لبناء حائط أو خياطة أو حفر بئر أو حمل شيء إلى مكان، وامتنع من إتمام العمل، أو استأجر عقارًا مدة فسكنه بعض المدة ثم أخرجه المالك ومنعه تمام السكنى، ونحو ذلك؛ والقول الجامع لهذا، هو أن كل موضع امتنع الأجير من العمل فيه، أو منع المؤجر المستأجر من الانتفاع، إذا كان ذلك بعد عمل البعض، فهل له فيه أجر على ما سبق من العمل؟ فيه خلاف:

قيل: له أجر على ما سبق، وهو قول أكثر الفقهاء، لأنه استوفى ملك غيره على سبيل المعاوضة، فلزمه عوضه، كالمبيع إذا استوفي بعضه ومنع المالك بقيته، وأيضًا قياسًا على ما لو تعذر استيفاء باقي المنفعة بأمر غالب، فإنه يستحق الأجر على ما مضى، فكذا فيما تعذر الاستيفاء بامتناع الأجير أو المؤجر من إتمام المنفعة.

وقيل: لا أجر للأجير الذي امتنع من إتمام العمل، ولا للمؤجر الذي منع من الانتفاع على ما مضى من العمل، إلا أن يرد العين قبل انقضاء المدة، أو يتم العمل قبل فسخ المستأجر، فيكون له أجر ما عمل.

وحجتهم أنه بامتناعه عن الإتمام لم يسلم إليه ما عقد الإجارة عليه، فلم يستحق شيئا، كما لو استأجره ليحفر له عشرين ذراعًا فحفر له عشرا فامتنع من حفر الباقي، فإنه لا يستحق الأجر على ما حفر، وقياس الإجارة على الإجارة أولى من قياسها على البيع، وقياس حالة الامتناع من الإتمام على حالة تعذر استيفاء المنفعة بأمر غالب، لا يصح، لأنه قياس مع الفارق، لأن الذي امتنع لأمر غالب كموت، له عذر، وما نحن فيه لا عذر في الامتناع عنه.

هذا، وإذا تم عقد الإجارة، فعلى المكري ما يتمكن به المكتري من الانتفاع، كتسليم مفاتيح الدار أو الحمام أو السيارة أو غير ذلك، لأن عليه التمكين من الانتفاع، وتسليم ذلك تمكين من الانتفاع.

فإن ضاعت أو تلفت بغير تفريط من المستأجر فعلى المؤجر بدلها، لأنها أمانة في يد المكتري، فأشبه ذلك حيطان الدار وأبوابها، وإن سقط حائط أو خشبة أو انكسرت فعلى المكري إبدالها وبناء الحائط، وعليه تبليط الحمام، وعمل الأبواب، ومجرى الماء، لأن بذلك يحصل الانتفاع ويتمكن منه؛ وبالجملة فكل ما يتوقف عليه الانتفاع بالعين المستأجرة فعلى المؤجر، وأما ما يتوقف عليه استيفاء المنافع كالحبل والدلو فعلى المكتري.

وأما التحسين والتزويق فلا يلزم واحدًا منهما، لأن الانتفاع المطلوب من العين المستأجرة ممكن من دونه، وأما تنقية البالوعة والكنف، فإن احتيج إلى ذلك عند الكراء فعلى المكري، لأن ذلك مما يتمكن به من الانتفاع، وإن امتلأت بعد ذلك بفعل المكتري فتفريغها عليه، لأن ذلك حصل بفعل المكتري فكان عليه تنظيفه، وأبو حنيفة يقول: القياس أنه على المكتري لأنه السبب في ذلك، ولكن الاستحسان أنه على رب الدار، لأن عادة الناس ذلك؛ ولعله عادة ذلك الزمان وقد تغير، فالقول الأول هو الصحيح، على أن قول أبي حنيفة يمكن اعتباره كما قال في نحو الفنادق: وإن انقضت الإجارة وفي الدار زبل أو قمامة من فعل الساكن، فعليه نقله.

حكم الاختلاف والتنازع في الإجارة والكراء:

* ومن استأجر شخصا على إيصال كتاب أو خبر أو حملٍ لشخص ببلد آخر، فبعد مدة ادعى الأجير أنه وصّلَ ذلك، ونازعه المستأجر، فالقولُ قول الأجير بيمينه، أنه

وصله، لأنه أمين فيصدق إن ادعى وصوله في أمد يبلغ في مثله عادة، وحينئذ يستحق الأجرة، ولو كذبه المرسل إليه، ولكن يلزمه الضمان إن أنكر المرسل إليه الوصول، فالكلام في استحقاق الأجرة لا في نفي الضمان.

* وإذا دفع شيء إلى صانع فيه صنعته كخياط دفع له ثوب فخاطه وادعى أنه دفع له ليصنعه، وادعى صاحب الثوب أنه دفعه إليه وديعة عنده، فالقول للأجير فيصدق، لأن الشأن فيما يدفع إلى الصناع الاستصناع، والإيداع نادر، فيلزم صاحب الثوب الأجرة، وهذا بشرط أن يشبه في دعواه الاستصناع، بأن لم تقم قرينة على نفيه.

* وإن اتفقا على الاستصناع واختلفا في صفته، فقال الأجير: على هذه الصفة، وقال رب السلعة: بل ذكرت لك صفة أخرى، فالقول للأجير بيمينه، وذلك كخياط قال: أذنت لي في قطعه قميصًا، وقال صاحب الثوب: بل أذنت لك في قطعه قباء، أو قال الصباغ: أذنت لي بصبغه لونًا أحمر، وقال رب السلعة: بل أسود، فالقول قول الخياط والصباغ بيمينه إن أشبه في دعواه؛ فإن لم يشبه حلف صاحبه، وثبت له الخيار في أخذه ودفع له أجر المثل، وتركه للصانع وأخذ قيمته غير مصنوع؛ فإن نكل اشتركا، هذا بقيمة ثوبه مثلا غير مصنوع، وهذا بقيمة صبغه؛ وهذا مذهب مالك وأصحابه.

وبعض الفقهاء يذهب إلى أن القول قول الصناع، سواء أشبه في دعواه أو لم يشبه، فعلى هذا يحلف الخياط والصباغ: لقد أذنت لي في قطعه قميصًا وصبغه أحمر، ويسقط عنه الغرم ويستحق أجر المثل، ولا يستحق المسمى، لأن المسمى في العقد إنما يعترف رب الثوب بتسميته أجرا لقطعه قباء أو صبغه أسود، وهو لم يفعل ذلك.

وهذان القولان يتفقان على أن القول قول الأجير، وإن اختلفا في اشتراط الشبه أو عدم اعتباره؛ والحجة في ذلك أنهما اتفقا على الإذن واختلفا في صفته، فكان القول قول المأذون له، كالمضارب إذا قال: أذنت لي في البيع نساءً فأنكره رب المال، فالمصدق هو العامل فكذا هنا، ولأنهما اتفقا على أن الخياط يملك القطع والصبغ بالإذن، والظاهر أنه فعل ما ملكه، واختلفا في لزوم الغرم له، والأصل عدم لزوم الغرم.

وذهب بعض الفقهاء إلى أن القول قول صاحب الثوب في المثال السابق، لأنهما اختلفا في صفة إذنه، والقول قوله في أصل الإذن، فكذلك في صفته، ولأن الأصل عدم الإذن المختلف فيه، فالقول قول من ينفيه؛ قالوا فيحلف رب الثوب بالله: ما أذنت

في قطعه قميصًا ولا صبغه أحمر، ويسقط عنه المسمى، ولا يجب للخياط والصباغ أجر، لأنهما فعلا غير مأذون لهما فيه.

* وإن اختلفا في قدر الأجرة، فالقول للأجير بيمينه إن أشبه، سواء أشبه رَبُّهُ أم لا؛ فإن انفرد رَبُّهُ بالشبه فالقول له بيمينه، فإن لم يشبها حلفا، وكان للأجير أجرة مثله، كإن نكلا معا، وقضي للحالف على الناكل، وهذا إذا كان المصنوع تحت يد الصانع، بأن حاز مصنوعه، فيكون القول قول الصانع في الأجرة بشرطين: الشبه والحيازة، لأنه بالحيازة بمنزلة من باع سلعة ولم يخرجها من يده.

فإن حازه ربه، أو كان الصانع إنما يصنعه في بيت صاحب المصنوع وينصرف، ولم يُمكنه صاحبه من الخروج به وأخذه معه، أو كان الأجير كالبناء، فالقول في قدر الأجرة لربه إن أشبه، لأن البناء لا يمكن أن يحوزه العامل؛ فإن انفرد الصانع بالشبه، فالقول له في قدر الأجرة، ولو كان غير حائز له.

والحاصل في المسألة، أنهما إن أشبها معا فالقول للحائز منهما، وإن لم يشبه واحد منهما، فأجرة المثل بعد الحلف منهما، ولا ينظر بحوز؛ وإن أشبه أحدهما فقط، فالقول قوله وإن لم يحز، وهذا مذهب مالك وأصحابه.

وذهب بعض الفقهاء إلى أن المختلفين في قدر الأجرة يتحالفان، ويبدأ بيمين الآجر، فإذا تحالفا قبل مضي شيء من المدة فسخا العقد، ورجع كل واحد منهما في ماله، وإن رضي أحدهما بما حلف عليه الآخر أقر العقد، وإن فسخا العقد بعد المدة أو شيء منها، سقط المسمى ووجب أجر المثل، كما لو اختلفا في المبيع بعد تلفه، لأن الإجارة نوع من البيع، فيتحالفان عند اختلافهما في عوضها كالبيع.

* وإن ادعى الصانع رد المصنوع لصاحبه، وأنكر صاحبه أَخْذَهُ، كان القول قول رب المصنوع بيمينه، سواء عمل العامل بأجر أم لا، قبض ببينة أم لا، لقوله ﷺ: «عَلَى اليَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تُؤَدِّيَهُ»، إذا كان المصنوع مما يغاب عليه كالثياب والحلي، وأما ما لا يغاب عليه كفرس دفعها ربها لمن يعلمها بأجر، وادعى المعلم ردها، فيقبل قول الأجير في الرد لقبول دعواه في تلفه، إلا أن يكون قبضه ببينة مقصودة للتوثق، فلا تقبل دعواه ردًّا ولا تلفا، لأن القبض ببينة إنما أثره حث القابض على رده ببينة؛ وكل موضع لا يصدق في الضياع لا يصدق في الرد، وقد تقدم أن دعوى الضياع لا تقبل إلا ببينة.

* وإن اختلفا في المسافة واتفقا على قدر الأجرة، بأن قال صاحب السيارة مثلا: بمائة إلى كذا، وقال المكتري: بل بمائة إلى كذا، مسافة أطول، حلفا وفسخ العقد إن عدم السير أو قل، بحيث لا ضرر على صاحب السيارة في رجوعه، وهذا الفسخ لا ينظر فيه لنقد الأجرة ولا شبه ولا عدمه.

وإن كان الاختلاف بعد ركوب كثير أو بعد بلوغ المسافة التي يدعيها صاحب السيارة، فالقول للمكتري إن انفرد بالشبه وحلف، سواء نقد الأجر أو لا، وإن انفرد المكري بالشبه كان القول قوله، نُقِدَ الأجر أو لا، لأنه مدعى عليه فَيُصدَّقُ مع اليمين؛ وإن أشبها ففيه تفصيل:

فإن حصل نقد الأجر كان القول قول المكري لترجيح جانبه بنقد الأجرة، ولكن مع اليمين.

وإن لم يحصل نقد، كان القول قول المكتري إن حلف على ما ادعاه، ويلزم صاحب السيارة ما قاله المكتري إلا أن يحلف هو أيضًا على ما ادعى من مسافة بعد حلف المكتري، فله حينئذ حصة المسافة التي ادعاها.

وإن لم يشبها بعد السير الكثير، أو بعد بلوغ الغاية التي يدعيها المكري صاحب السيارة، حلفا وفسخ بكراء المثل فيما مشى؛ ونكولهما كحلفهما، ويقضى للحالف على الناكل.

* وإن كان الاختلاف في المسافة والثمن معا، فإن كان قبل الركوب أو بعد ركوب لا ضرر عليهما في الرجوع، تحالفا وتفاسخا، وإن كان بعد سير كثير، أو بعد بلوغ المسافة التي يدعيها المكري، وهو يدعى المسافة الصغرى، بأن قال: أكريتك للمدينة بمائة وبلغاها أو سارًا كثيرًا، وقال المكتري: بل أكريتني لمكة الأبعد بخمسين، فإن نقد المكتري الثمن الذي هو للمسافة الكبرى - وهو الخمسين - فالقول قول المكري صاحب السيارة في أن المسافة التي وقع عليها إلى المدينة، إن حصل شبه منهما معا، ويحلف كل منهما على طبق دعواه ، وعمل بقول المكري حينئذ، لترجيح جانبه بوقوع نقد الأجرة من المكتري، ودعواه الشبه في المسافة التي بلغاها، فيحلف لإسقاط زائد المسافة، ويحلف المكتري لإسقاط الخمسين الزائدة عنه، ويلزمه الخمسون فقط، وفسخ العقد.

وإن لم ينقد المكتري شيئا لصاحب المركبة، وقد أشبها في دعواهما، فالقول للمكري صاحب المركبة بالنسبة إلى المسافة القريبة، أي أن العقد وقع على المسافة القريبة، وهي

المدينة في المثال المذكور، والقول قول المكتري في حصة المسافة القريبة من الكراء وهو كونه بخمسين، وليس المائة التي ادعاها المكري، ويفض ذلك الخمسين بقول أهل المعرفة، فيأخذ المكري صاحب السيارة من الكراء المذكور ما ناب المسافة التي ادعاها، ويسقط عن المكتري ما ناب المسافة الزائدة، ولا يقبل قول المكترى أن الكراء كان في المسافة الكبرى، لأن قول المكري هو المرجح في المسافة المتنازع فيها، وعليهما اليمين.

وإن أشبه قول المكري فقط من أن الأجرة مائة للمسافة الصغرى، وهي المدينة في المثال، فالقول له بيمين، حصل نقد من المكتري أم لا، فيأخذ المائة في المسافة الصغرى، المدينة، ولا يلزمه السير إلى المسافة البعيدة، مكة؛ وإن أشبه المكتري فقط، فحكمه حكم ما إذا أشبها ولم ينقد، أي أن القول قول صاحب السيارة المكري في المسافة، وقول المكترى في حصتها من الكراء؛ وإن لم يشبه واحد منهما حلفا وفسخ، وله كراء المثل فيما مشى من المسافة.

هذا كله إذا لم يقيما بينة، أما إن أقام كل واحد منهما بينة على ما ادعاه قضي بأعدلهما في المسائل السالفة كلها؛ وإن لم تكن إحداهما أعدل من الأخرى بل تكافأتا في العدالة سقطتا، ويقضى بذات التاريخ من البينتين، فتقدم المؤرخة، على غير المؤرخة. وتقدم المتقدمة تاريخًا على متأخرته.

* إذا اختلفا في جنس الثمن، كأن تقول: أكريتك بدينار، وقال: بثوب، تحالفتما وتفاسختما كالبيع، وكذلك لو اختلفتما بعد سكنى أكثر المدة، ويبدأ المكري باليمين، لأن الإجارة كالبيع، والمكري بائع المنفعة، فيبدأ كما يبدأ البائع، وفيما مضى من السكنى قبل الفسخ أجر المثل.

* وإن ادعى شخص أنه سكن بغير كراء، وأنكر المالك وقال: بل بالكراء، صدق المالك فيما يشبه مع يمينه، لأن الأصل عدم التبرع، ثم للمالك الأقل من المسمى الذي يدعيه، أو كراء المثل بعد التحالف.

وقال بعضهم: إن كان على التبرع قرائن صدق مدعي التبرع مع يمينه، وإن أشكل الأمر، صدق المالك؛ ويصدق أيضًا على الأجر المسمى، فإن تقدم ما يقتضي الهبة من قرابة أو صداقة، وادعى المالك عدم الهبة، حلف إن ادعى ما يشبه.

* ولو قال لعامل عنده: عملته بغير أجر، وقال العامل: بل عملت بأجر، صدق فيما يشبه من الأجر؛ وإن لم يشبه ما يدعيه رده إلى أجر المثل، لأن الأصل عدم التبرع؛ وقيل: يحلف ويأخذ الأقل مما ادعى أو أجرة المثل، مؤاخذة له بإقراره العمل بأجر؛ وقيل: يصدق من يقول عَمِلَ بغير أجر، لأن العامل يدعي عليه الدين، والأصل عدمه.

* ولو قال صاحب المتاع: سرق مني، وقال العامل: بل استعملتني تحالفًا، ودفع صاحب المتاع أجرة العمل، ويأخذ المتاع لحصول العمل له، فإن أبى أَخْذَه دفع العامل قيمة الثوب غير معمول، لحصوله له، فإن أبى كل منهما صارا شريكين؛ صاحب الثوب بقيمته غير معمول، والعامل بقيمة عمله، إذ ليس أحدهما أولى من الآخر، وكل واحد منهما مدع؛ وقيل: العامل هو المدعي، ولا يكونان شريكين، لأن الأصل بقاء السلعة سالمة من الشركة.

* وإن اختلفا في عدد الكراء أو صفته بعد سير في الرجوع بعده ضرر، صدق المكتري نقد أم لا، أشبه ما قال أم لا، فإن نكل فقول المكري، أشبه أم لا، فإن لم يشبه ما قال المكتري وأشبه ما قال المكري صدق؛ وإن ادعيا ما لا يشبه تحالفًا ووجب كراء المثل، ولم يفسخ نفيا للضرر؛ وكذا إن نكلا جميعًا؛ فإن نكل أحدهما قدم الحالف على الناكل.

– **فائـدة:** التحالف في الإجارات كالتحالف في البيع، فإذا حلفا جميعا فهل يفسخ الكراء والبيع بمجرد التحالف؟

قيل: نعم، وقيل: لا يقع بذلك، وقيل: يقع إن كان بحكم، وإلا فتراضيهما، وقيل: لا يقع حتى يحكم به الحاكم إن كان التحالف بحكم الحاكم، وإلا فبمجرد أيمانهما، لأن الرضا بالتحالف رضا بالفسخ؛ وهذه أربعة أقوال في المسألة؛ ونكول الطرفين كحلفهما، لأنهما سببان من جهتهما، وقيل: القول قول البائع عند النكول، لأن يده أقوى.

– **قـاعـدة:** المدعي كل من خالف قوله أصلا أو عرفًا، والمدعى عليه كل من وافق قوله أصلا أو عرفًا، والأصل براءة الذمم من الحقوق، وبقاء ما كان على ما كان، وأن لا يخوّن من جعل أمينًا؛ والعرف نحو القبض بالبينة، فإن العادة أن من شُدِّدَ عليه بالإشهاد أنه لا يرد إلا بالإشهاد لاستيحاش باطنه، فإذا ادعى الرد بغير بينة، فدعواه على خلاف

العادة، وكذلك القرائن العادية إذا خولفت، فعلى هذه القاعدة تتخرج الفروع المتقدمة، ويتعين المدعى عليه، وإلا فليس كل طالب مدعيا، ولا كل مطلوب مدعى عليه، بل ربما انعكس الحال لأجل ما تقدم من القاعدة؛ تأمل هذا فإنه مفيد.

* وان اختلفا في المدة، فقال: أجرتكها سنة بدينار، فقال المكترى: بل بدينار لشهرين، فالقول قول المالك إذا كان قد قبض الكراء الذي يدعيه، لأنه ترجح جانبه بقبض الأجرة، ولأنه منكر للزيادة، فكان القول قوله لأن الأصل عدمها.

* وإن قال المالك: أجرتكها سنة بدينار، فقال الساكن: بل استأجرتني على حفظها بدينار، فالقول قول رب الدار، إلا أن تكون للساكن بينة، وذلك لأن سكنى الدار قد وجد من الساكن، واستيفاء منفعتها، وهي ملك صاحبها، والقول قوله في ملكه، والأصل عدم استئجاره للساكن للحفظ، فكان القول قول من ينفيه، فعلى الساكن أجر المثل حينئذ.

وإن اختلفا في التعدي على العين المستأجرة، فالقول قول المستأجر، لأنه أمين، فأشبه المودع، ولأن الأصل عدم العدوان والبراءة من الضمان.

وإن ادعى المستأجر أن الدابة مثلا شردت، أو نفقت، وأنكر المؤجر، فالقول للمستأجر لأنه أمين، ولا أجر عليه إذا حلف ما انتفع بها، لأن الأصل عدم الانتفاع، إن أشبه ما يدعيه، وقيل: قول المؤجر، لأن الأصل السلامة مما ذكر.

* ولو اتفقا على هلاك العين المؤجرة واختلفا في وقت هلاكها، فقال المؤجر: هلكت بعد الانتفاع بها، وقال المستأجر: قبل الانتفاع، فالقول قول المستأجر، لأن الأصل عدم العمل، فيحلف ولا أجر عليه.

* وإذا دفع ثوبا إلى خياط ليخيطه، أو دفع غزله إلى نساج لينسجه، أو صبيا إلى معلم ليعلمه، أو آلة لإصلاحها، من غير عقد ولا شرط ولا تعريض بأجر، كأن يقول: خذ هذا واعمله، أو عَلِّمْهُ، أو أصلحه، وكان المدفوع إليهم من النساج والخياط والمعلم ومصلح الآلة منتصبين لذلك، ففعلوا ذلك، فلهم الأجر، خلافًا لأصحاب الشافعي، إذ قالوا: لا أجر لهم، لأنهم فعلوا ذلك من غير عوض جعل لهم، فأشبه ذلك ما لو تبرعوا بعمله.

والقول الأول أصح، لأن العرف الجاري بذلك يقوم مقام القول، فصار كما لو قيل بنقد البلد، وكما لو دخل حمامًا، أو جلس في سفينة مع ملاح، أو ركب في سيارة أجرة، أو نحو ذلك من غير تصريح بعقد ولا تعريض به، ولأن شاهد الحال يدل عليه.

فإن لم يكونوا منتصبين لذلك، فلا حق لهم في الأجر إلا بعقد، أو شرط عوض، أو تعريض به، لعدم عرف يقوم مقام العقد.

* ولو دفع ثوبًا إلى رجل ليبيعه فالحكم فيه كالحكم في الخياط ونحوه إن كان منتصبًا يبيع للناس بأجرة فله أجر مثله وإن لم يكن فلا شيء له لما تقدم.

– **والقاعدة:** أن كل عمل يوصل للغير نفع مال أو غيره، بأمره أو بغير أمره، فعلى ذلك الغير رد مثل ذلك المال، في القيام بالمال، ودفع أجرة المثل في العمل، إن كان لا بد من الاستئجار عليه، أو لا بد من إنفاق ذلك المال؛ فمن غسل ثوب غيره، أو حلق رأسه، أو أدى دينه من غير استدعاء، فله أجرة المثل على عمله لحصول الإذن العادي؛ أما إن كان يفعل ذلك بنفسه أو غيره من غير استئجار، أو بمال سقط مثله عنه، فلا شيء عليه؛ والقول للعامل والمنفق في عدم التبرع، لأن الأصل بقاء الملك على المال والنفقة وبدلها؛ والشافعي ينازع في هذه القاعدة، لأن القول عنده شرط في الحمالة والكفالة والإجارة والبيع، ولا يعتمد على العوائد؛ وغيره يعتمد العوائد، فإن لسان الحال يقوم مقام لسان المقال، ولكن الشافعي يوافق في تفاصيل الإجارة، وتعيين النقود إذا أطلقت في العقود، وتقييد الأقارير المطلقة؛ فنحن نقيس على هذه الصورة، ونمنع اعتبار ما ذكره من التوقف، بل المعهود في حالة السلف عدم هذا التضييق.

فساد الإجارة:

تفسد الإجارة عمومًا باختلال ركن من أركانها، أو تخلف شرط من شروطها، أو وجود مانع شرعي؛ وإليك بعض المسائل التي تفسد فيها:

* إذا وقعت الإجارة بأجر معين ولم يشترط تعجيله، ولم يوجد عرف بتعجيله، لأن فيه بيع معين يتأخر قبضه

* وفسدت إجارة على حمل شيء، كطعام لبلد بعيد، لا يجوز تأخير قبض المعين إليه، وَجُعِلَ الأجر نصف المحمول أو ثلثه، فيمتنع، لما فيه من بيع معين يتأخر قبضه؛ فإن ادعى الأجير أن المعاملة وقعت بشرط التعجيل لنصيبه، فلم يتأخر الأجر، فلا يكون بيع معين يتأخر قبضه، وادعى المكتري أنها وقعت بشرط التأخير ولا بينة، صدق الأجير، لأن الأصل سلامة العقد وصحته.

والسبب في امتناع الأجر المعين يتأخر قبضه، وكذلك المبيع، هو توقع الغرر بهلاكه قبل القبض، فلا يكون المعقود عليه معلوم الحصول، فإن العقد يترتب عليه أثر، فهو كبيع السمك في الماء والطير في الهواء، وأيضًا اشتراط تأخير المعين يشعر بأن العوض بدل الضمان، والضمان لا يقابل بالأعواض وإن كان مقصودا للعقلاء، لكنه غير متقوم عادة.

* وإذا وقعت الإجارة مع الجعل في صفقة واحدة كأجرني أرضك، واحفر لي بئرا بكذا، فتفسدان معا لتنافي أحكامهما، لأن الإجارة لازمة بالعقد، ولا يجوز فيها الغرر، ويجوز فيها الأجل، بخلاف الجعالة فإنها غير لازمة بالعقد، ويجوز فيها الغرر، ولا يجوز فيها الأجل؛ وأما الإجارة مع البيع في صفقة واحدة فلا تفسد، بل يصحان معا، سواء كانت الإجارة في نفس المبيع، كشرائه ثوبًا على أن يخيطه بكذا، أو كانت في غيره، كشرائه ثوبًا بدراهم معلومة على أن ينسج له ثوبا آخر.

* ومما تفسد به الإجارة الجهل في الأجرة أو المنفعة ذاتًا، أو قدرا، أو صفة، أو أجلا إن كان مؤجلا، ومن أمثلة ذلك الإجارة بنُخَالة المطحون لطاحنه، فتفسد لجهل القدر؛ فلو استأجره بقدر معلوم من النخالة على أن يطحن له قدرًا من الحب فيجوز.

* ومنها أيضًا استئجار سلاخ على السلخ، والأجرة جلد الشاة المسلوخة أو شيء من لحمها، فلا يصح، سواء كانت الشاة حية أو مذبوحة، وعلة الفساد الجهل بصفة الأجرة، إذ هو لا يستحق الأجرة هنا إلا بعد الفراغ، والجلد قد يخرج صحيحًا أو مقطوعًا، رقيقًا أو لا، واللحم مجهول مغيب بالجلد، فيكون كل منهما مجهول الصفة، ولا بد في عوض الإجارة من كونه معلومًا.

- ومثله استئجار نساج لثوب بجزء من الثوب الذي ينسجه، أو دباغ جعل أجرته جزءا من الجلد الذي يدبغه كربعه أو ثلثه، فلا يصح، لجهل صفة خروجه؛ ولهذا الأجير أجر مثله إذا عمل بأن نسج الثوب أو سلخ الجلد.

- ومن ذلك أيضًا الاستئجار لحصد الزرع ودرسه، كاحصد وادرس هذا الزرع ولك نصفه، وكذا ادرسه ولك نصفه، ففاسد للجهل بما يخرج، لأنه استأجره بنصف ما يخرج من الحب؛ وهو مغيب لا يدرى كم يخرج وكيف يخرج؛ وأما لو قال: احصده فقط ولك نصفه، فإنه جائز، لأنه استأجره بنصف الزرع وهو مرئي، ولو استأجره على

نفض زيتون فما سقط فله نصفه، فلا يصح ،وعلة الفساد الجهل بالكم، لأن من الشجر ما قد يقل ما يسقط منه، ومنه ما هو بخلافه؛ وكذا لو استأجر على عصر زيتون، فما عصر فللأجير نصفه، ففاسد؛ وعلة الفساد الجهل بالكم وبصفة الخارج بالعصر.

- ولو قال: اعمل في حانوتي أو حمامي أو سيارتي وما حصل من ثمن أو أجرة فلك نصفه مثلا، ففاسد، للجهل بقدر الأجرة، ومثله اعمل في سفينتي وما حصل من أجر فلك كذا، فتنفسخ، فإن عمل فجميع ما تحصل يكون للأجير، وعليه لصاحب العين أجرة مثلها.

وقيل: إن هذا خاص بالدابة والسفينة وكذا السيارة، يكون الحاصل فيه للأجير، وعليه أجرة المثل لربها؛ وأما الحانوت والرباع والحمام، فما حصل من الأجرة يكون لربها، وعليه للأجير أجرة مثله؛ ووجه التفريق أن ما لا يذهب فيه ولا عمل لتوليه كالرباع والحمام، فهو أجير فيه والكسب لربه، بخلاف ما يذهب فيه والعمل فيه لمتوليه فهو ليس أجيرًا فيه، فالحاصل له، وعليه الأجرة لصاحب العين.

- ولو قال: إن أنجزت المؤجر عليه اليوم فلك كذا، وإلا فلك كذا، كأن يقول إن خِطتَّ هذا الثوب، أو كتبت هذا المقال اليوم فلك كذا، كعشرة ، وإن خطته أو كتبته بعد اليوم فلك كذا، أي أقل كثمانية، ففاسد، لأنه كبيعتين في بيعة؛ وعلة الفساد فيه الجهل بقدر الأجرة؛ فإن وقع، فله أجر مثله ولو زاد على المسمى، سواء خاطه في اليوم أو أكثر.

* هذه نماذج مما فسدت الإجارة بسبب الجهالة فيه، وقس على هذا نظائره، كرعي الغنم بثلث درها وصوفها.

ومذهب فقهاء الأمصار أن من شروط الإجارة أن يكون كل من الثمن والمثمن معلوم القدر، إما بالغاية مثل خياطة الثوب وعمل الباب، وإصلاح الآلة والسيارة، وإما بضرب الأجل بالزمان لاستيفاء منفعة متصلة الوجود، مثل كراء الدور والحوانيت، وإما بالمكان إن كان مشيا، مثل كراء الرواحل والسفن والسيارات.

وذهب طائفة من السلف وأهل الظاهر إلى جواز إجارات المجهولات، مثل أن يعطي الرجل حماره لمن يحتطب أو يستقي عليه بنصف أو ثلث ما يعود عليه، لأن نحو احتطاب الدواب واستقائها معلوم عادة؛ واحتج هؤلاء بقياس الإجارة على القراض

والمساقاة والمزراعة، فإنها شرعت مع ما فيها من الغرر والجهالات لحاجة الناس إليها، ولكن الجمهور يرون أن القراض ونحوه مستثنيات بالسنة، فلا يقاس عليها لخروجها عن الأصول، وأما الإجارة فبيع، فامتنع فيها من الجهل لمكان الغبن ما امتنع في المبيعات.

* ومما اختلف فيه كراء الأرض للزراعة، فاختلف الناس فيه اختلافا كثيرًا؛ فقوم لم يجيزوا ذلك بَتَّةً، وهم بعض السلف؛ وجمهور العلماء يجيزون ذلك، ولكنهم يختلفون فيما يجوز به كراؤها:

فقال قوم: لا يجوز كراؤها إلا بالدراهم والدنانير فقط.

وقال قوم: يجوز كراء الأرض بكل شيء ما عدا الطعام، سواء كان ذلك الطعام مما يخرج منها أو لم يكن، وما عدا ما ينبت فيها طعامًا كان أو غيره، كقطن أو كتان، إلا الخشب مما يطول مكثه حتى يعد كأنه أجنبي منها، كالعود الهندي والصندل والقصب الفارسي، فيجوز بيعها وكراؤها به، وهذا مذهب مالك وأكثر أصحابه؛ وذهب آخرون إلى جواز كراء الأرض بكل شيء فيما عدا الطعام فقط.

وذهب الشافعي إلى جواز كراء الأرض بكل العروض والطعام وغير ذلك ما لم يكن بجزء مما يخرج منها من الطعام، وهذا ظاهر قول مالك أيضًا في الموطأ.

والرأي الأخير جواز إجارة الأرض بكل شيء، وبجزء مما يخرج منها، وهذا أوسع المذاهب، وقول الأكثرين؛ وإليه ذهب الإمام أحمد والليث والثوري والأوزاعي، وصاحبا أبي حنيفة أبو يوسف ومحمد.

* وحجة من لا يرى كراء الأرض قوله ﷺ: «مَنْ كَانَ لَهُ أَرْضٌ فَلْيَزْرَعْهَا أَو لِيُزْرِعْهَا وَلاَ يُؤَاجِرُهَا»، وروى مالك عن رافع بن خديج أن رسول الله ﷺ «نَهَى عَنْ كِرَاءِ المَزَارِعِ»؛ قالوا: وهذا عام في المنع من كراء الأرض، ولكن لما سئل رافع بن خديج عن كرائها بالذهب والورق، قال: لا بأس به؛ فكأن من استدل بعموم رواية رافع هذه يرى أن رأي الراوي لا يخصص العموم؛ وبعبارة أخرى إن العموم لا يخصص برأي الراوي، وروي أيضًا عن رافع بن خديج قال: «نَهَى رَسُولُ اللَّهِ عَنْ إِجَارَةِ الأَرَضِينَ»؛ فهذه جملة الأحاديث التي تمسك بها من لم يجز كراء الأرض، وقالوا أيضًا من جهة المعنى: إنه لم يجز كراؤها لما في ذلك من الغرر، لأنه يمكن أن يصيب الزرع جائحة من نار أو قحط أو غرق، فيكون قد لزمه كراؤها من غير أن ينتفع من ذلك بشيء.

وأجيب عن حديث النهي عن كراء الأرضين، بأن الحديث له سبب خاص لم يسمع الراوي جميعه، فقد بين ذلك زيد بن ثابت، وأخبر أن النهي كان لفض النزاع، فقال: يغفر الله لرافع بن خديج، أنا والله أعلم بالحديث منه، إنما جاء للنبي ﷺ رجلان من الأنصار قد اقتتلا فقال: «إِنْ كان هذا شَأْنَكُمْ فَلاَ تَكْرُوا المَزَارِعَ»، قال: فسمع رافع قوله: «فَلاَ تَكْرُوا المَزَارِعَ»، رواه أبو داود والنسائي.

كما رُدَّ أيضًا ابن عباس أحاديث النهي على فرض ثبوتها، وبين أن النهي إنما كان من أجل إرشادهم إلى ما هو خير لهم، فقال: إن رسول الله ﷺ لم ينه عن إجارة الأرض والمزرعة، ولكن أمر أن يرفق الناس بعضهم ببعض بقوله: «لأَنْ يَمْنَحَ أَحَدُكُمْ أَرْضَهُ خَيْرٌ مِنْ أَنْ يَأْخُذَ عَلَيْهَا خَرَاجًا مَعْلُومًا»، رواه الخمسة، وقال أيضًا: «مَنْ كَانَتْ لَهُ أَرْضٌ فَلْيَزْرَعْهَا أَوْ يَمْنَحْهَا أَخَاهُ، فَإِنْ أَبَى فَلْيُمْسِكْ»؛ فأحاديث النهي محمولة إما على التنزيه والإرشاد، أو على مصلحة خاصة بذلك الوقت، كما روي أن للنهي سببا خاصًا، وما ثبت مما ظاهره النهي عن كراء الأرض، فالظاهر أن المعنى فيه قصد الرفق بالناس لكثرة وجود الأرض، كما نهى عن بيع الماء لذلك، ووجه الشبه بينهما أنهما أصل الخلقة.

وما ذكروه من احتمال الخسارة بجائحة لا يلتفت إليه، لأن كثيرًا من المعاملات مشروعة باتفاق مع احتمال الخسائر، كالشركات والمضاربات وغيرها من العقود التي فيها الغرر والجهالات، ولم يمنع ذلك من مشروعيتها، فكذا هنا؛ والذي دعا إلى حمل أحاديث النهي عن كراء الأرض على ما ذكر هو ورود أحاديث كثيرة تدل على جواز ذلك.

* وأما حجة من لم يُجِزْ كراءها إلا بالدراهم والدنانير، فهو ما رواه رافع بن خديج عن النبي ﷺ أنه قال: «إِنَّمَا يَزْرَعُ ثَلاَثَةٌ، رَجُلٌ لَهُ أَرْضٌ فَيَزْرَعُهَا و رَجُلٌ مُنِحَ أَرْضًا فَهُوَ يَزْرَعُ مَا مُنِحَ. وَرَجُلٌ اكْتَرَى بِذَهَبٍ أَوْ فِضَّةٍ»، قالوا: فلا يجوز أن يتعدى ما في هذا الحديث؛ والأحاديث الأخرى مطلقة وهذا مقيد، ومن الواجب حمل المطلق على المقيد.

* وأما حجة من أجاز كراءها بكل شيء ما عدا الطعام، وسواء كان الطعام مدخرا أم لم يكن، قوله ﷺ فيما رواه رافع بن خديج أيضًا: «مَنْ كَانَ لَهُ أَرْضٌ فَلْيَزْرَعْهَا أَوْ لِيُزْرِعْهَا أَخَاهُ، وَلاَ يُكْرِهَا بِثُلِثٍ وَلاَ رُبُعٍ وَلاَ بِطَعَامٍ مُعَيَّنٍ»، قالوا: وهذا معنى المحاقلة التي

نهى رسول الله ﷺ عنها، وهي كراء الأرض بالحنطة، وأيضًا قالوا: إنه من باب بيع الطعام بالطعام نسيئة.

* وأما عمدة من لم يجز كراءها بالطعام ولو لم يخرج منها، كالسمن والعسل، ولا بشيء مما يخرج منها ولو لم يكن طعامًا؛ أما بالطعام فحجته حجة من لم يجز كراءها بالطعام، وقد تقدم آنفا؛ وأما حجته على منع كرائها مما تنبت، فهي ما ورد من نهيه ﷺ عن المخابرة، رواه مسلم؛ وهي كراء الأرض بما يخرج منها؛ وهذا قول مالك وأصحابه.

* وأما حجة من لم يجز كراءها بجزء مما يخرج منها، فهو ما ورد عن النهي عن المخابرة، وهي كراء الأرض بما يخرج منها، وبما روي رافع بن خديج قال: قال النبي ﷺ: «مَا تَصْنَعُونَ بِمَحَاقِلِكُمْ؟» قالوا: نؤجرها على الربع، وعلى الأوسق من التمر والشعير، قَالَ: «لاَ تَفْعَلُوا، اِزْرَعُوهَا أَوْ زَارِعُوهَا»، وهذا هو الصحيح.

وأما جوازه بغير ذلك من العروض والطعام مما يخرج منها، فهو أنه كراء منفعة معلومة بشيء معلوم، فجاز قياسًا على سائر المنافع ، وما روي من المنع من كراء الأرض بالطعام مطلقا جاء في بعض الروايات عن الراوي نفسه- وهو رافع بن خديج - من التقييد ما يجب أن يحمل عليه سائرها، فقد روى البخاري عنه قال: كنا أكثر أهل المدينة حقلا، وكان أحدنا يكري أرضه ويقول: هذه القطعة لي وهذه لك، وربما أخرجت هذه ولم تخرج هذه، فنهاهم النبي ﷺ؛ وهذا يفسر ما أبهمه في الأحاديث السابقة.

* وعمدة من يرى جواز كراء الأرض بكل شيئ وبجزء مما يخرج منها، هو ما ثبت أن رسول الله ﷺ دفع إلي يهود خيبر نخل خيبر وأرضها، على أن يعملوها من أموالهم على نصف ما تخرجه الأرض والثمرة؛ قالوا: وهذا الحديث أولى من أحاديث رافع، لأنها مضطربة المتون، وإن صحت أحاديث رافع، حملناها على الكراهة أو النهي فيما كان يحدد فيه قدر معين من مساحة الأرض تكون غلتها لأهلها، والباقي يكون للعامل، أو يشتركان؛ وهذا النوع لا يجوز لما فيه من الغرر، وهو الذي أشار إليه ما رواه البخاري من قول رافع بن خديج: هذه القطعة لي وهذه القطعة لك، وربما أخرجت هذه ولم تخرج هذه؛ ومما يدل أيضًا على أن النهي هو نهي تنزيه لا نهي حظر، ما روى الشيخان عن ابن عباس أنه قال: إن النبي ﷺ لم ينه عن كراء الأرض، ولكن قال:« إنْ يَمْنَحْ

أَحَدُكُمْ أَخَاهُ يَكُنْ خَيْرًا لَهُ مِنْ أَنْ يَأْخُذَ شَيْئًا»، قالوا: وقد قدم معاذ بن جبل حين بعثه النبي ﷺ إلى اليمن وهم يخابرون، فأقرهم، وسيأتي تفصيل القول في المسألة وبيان المذاهب فيها وأدلة كل مذهب ومناقشتها في مبحث المزارعة إن شاء الله لأنه المبحث اللائق بتفصيل القول فيها.

وجوب الأجر في الإجارة الفاسدة: إذا قبض المؤجر في الإجارة الفاسدة ومضت المدة التي يمكن استيفاء المنفعة فيها، فعلى المكتري أجر المثل، سواء انتفع بها بالفعل أو لم ينتفع، لأن المنافع تلفت تحت يده بعوض لم يسلم له، فرجع إلى قيمتها كما لو استوفاها ، ولأن المنافع كالأعيان، فلو قبض المبيع بيعًا فاسدًا عنده وجبت القيمة، فكذلك هاهنا؛ فإن لم يقبض فلا شيء عليه، إذ لا يدخل المبيع في ضمان مشتريه في البيع الفاسد، فكذلك هنا؛ وهذا مذهب مالك والشافعي وأحمد في رواية.

وقال أبو حنيفة وأحمد في إحدى الروايتين: أن المؤجر لا أجرة له على المستأجر في الإجارة الفاسدة ما لم ينتفع بالعين المؤجرة، فإن انتفع بها لزمه الأقل من المسمى وأجرة المثل؛ والحجة عند هؤلاء في عدم لزم الأجرة ما لم ينتفع بالعين في الإجارة الفاسدة، أنه عقد فاسد على منافع لم يستوفها، فلم يلزمه عوضه، كالنكاح الفاسد، والمنافع لا تقبض إلا بالاستيفاء عند أبي حنيفة، فإذا لم تكن مقبوضة فلا أجر فيها إذا كانت فاسدة.

ونحن نقول: قبض الرقبة نَزَّلَه الشارع منزلة قبض المنفعة؛ وعلى هذا، فمن استأجر إجارة فاسدة دابة مثلا وقبضها، ولكن لم يحمل عليها، أو استأجر دارا كذلك، ولم يسكن حتى انقضت المدة، فعليه كراء المثل لأنه فوت، فيلزمه كراؤها مستعملة؛ وقيل يلزمه كراؤها معطلة قياسًا على ما لو حبس العين بعد استيفاء المدة في الإجارة الصحيحة؛ ومن يقول يلزمه كراؤها مستعملة، يفرق أن الحبس بعد المدة مستند إلى العقد الأول.

وإذا استأجر شيئا كالدار، واستوفى المنفعة، وانقضت المدة ، وسكنها بعد انتهاء المدة، فهل عليه أجر المثل في الزائد كالإجارة الفاسدة، أو يلزمه مثل الكراء الأول؟ احتمالان؛ وقيل: إن كان المؤجر يعلم، وتركه يستعمل العين بعد انتهاء المدة، كأن يعلم بأنه يسكن أو يزرع بعد المدة، فالأجر بحساب الأول، لأنه رضي بالزائد، وإن لم يكن عالمًا بأنه يستعمل بعد انقضاء المدة، فعلى المستأجر الأكثر من الكراء أو القيمة، لعدوانه.

قاعدة: نختم هذا الباب بقاعدة مفيدة في هذا الباب وغيره من أبواب المعاملات وهي: أن الأعيان والمنافع ثلاثة أقسام:

قسم: اتفق الناس على أنه قابل للمعاوضة، كالبُرِّ والأنعام وكراء الدار.

وقسم: اتفق الناس على عدم قبوله للمعاوضة، إما لمنع الشرع، كالدم والخنزير وغيرهما من الأعيان، وكالغناء والمجون، أو لأنه غير متقوم عادة، كحبة البر الواحدة، ومناولة النعل، أو القُبلة، والتعانق والنظر إلى المحاسن ونحوها من المنافع، أو لعدم اشتماله على مقصود البتة، كالذرة من التراب، وتحريك الأصابع، وهذا القسم لا يقبل المعاوضة، ولذلك لم نوجب فيه عند الجناية عليه شيئًا، لأن هذه المنافع غير متقومة شرعا، ولو كانت تقبل القيمة الشرعية لوجب فيها عند الجناية عليها.

وقسم: اختلف الناس فيه، هل يقبل المعاوضة أم لا؟ كالأذان والإمامة من المنافع، وكالأزبال والحجامة والفصاد؛ فمالك يجيز المعاوضة فيها، وأبو حنيفة يمنع في الأخيرين، لأنهما عنده مجرد آلام، لأن خروج الدم ليس من فعل الأجير، بل من طبيعة الدم.

ومن القسم الثاني الضمان، فإنه وإن كان مقصودا للعقلاء، لكنه غير متقوم عادة، فلا يجوز أن يقابل بالأعواض، ولهـذا لا تجوز الإجارة على ضمان، وكذلك لا يجب على من باشر امرأة غصبًا شيء من التعويض، بخلاف المعاشرة الجنسية غصبًا، فيجب لها التعويض، لأن المعاشرة تقدر قيمتها في الصداق بخلاف اللمس.

الفصل الثاني

الجعـالـة وأحكامها[1]

الجعالة بتثليث: الجيم ما يجعل مقابل عمل[2]؛ وهي عرفا: التزام مكلف أهل للإجارة عوضًا معلومًا لتحصيل أمر يستحقه السامع بالتمام، إلا أن يتمه غيره فبنسبة عمل الثاني.

فقوله «لتحصيل أمر»: خرج به البيع، وقوله «يستحقه السامع بالتمام»: خرجت به الإجارة؛ وتمام الأمر يكون بتحصيل ثمرته؛ ومفهومه: أنه إذا لم يتم العمل فلا يستحق شيئًا، وهو كذلك؛ واستثني من هذا المفهوم قوله: «إلا أن يتمه غيره»، فإن أتمه غيره فللأول الأجر بنسبة أجر عمل العامل الثاني، ولو كان هذا الأجر أكثر من الأول.

أولا: حكمها ودليل مشروعيتها:

حكمها: الجواز؛ وأنكره جماعة من العلماء لما فيه من الغرر، وجوازه قول أكثر الأئمة؛ والأصل في جوازه قول الله تعالى: ﴿وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾[3]، فقد جعل حمل البعير عوضًا لمن جاء بصواع الملك، ولم يحدد له أجلا، فدل ذلك على أن استحقاق العوض متوقف على إتمام العمل، وشرع من قبلنا شرع لنا ما لم يرد ما ينسخه.

وأصله من السُنّة ما روي أن ناسا من أصحاب رسول الله ﷺ أتوا حيًا من أحياء العرب فلم يُقِرّوهم، فبينما هم كذلك إذ لُدِغَ سيد أولئك، فقالوا: هل فيكم راق؟ فقالوا: لم تقرونا فلا نفعل حتى تجعلوا لنا جعلاً، فجعلوا لهم قطيع شياه، فجعل رجل

---

(1) من مراجع هذا المبحث:

- بداية المجتهد، جـ 2، ص 177،والذخيرة للقرافي جـ 6، والمغني لابن قدامة، مع الشرح الكبير جـ 4. عقب مبحث الإجارة، والخرشي، جـ 7 ص 59 - 78.

(2) الجعل في اللغة له خمسة معان: بمعنى صيَّر، نحو جعلت الطين خزفًا، ومعنى سمّى، نحو قوله تعالى: ﴿وَجَعَلُوا الْمَلَائِكَةَ الَّذِينَ هُمْ عِبَادُ الرَّحْمَنِ إِنَاثًا﴾، سورة الزخرف، الآية 19؛ أي سموهم، لأن سلطان المشركين على الأسماء دون الذوات، وبمعنى خلق، نحو قوله تعالى: ﴿وَجَعَلَ الظُّلُمَاتِ وَالنُّورَ﴾، سورة الأنعام، الآية 1؛ أي خلقهما. وبمعنى ألقى، نحو جعلت متاعك بعضه على بعض؛ أي ألقيته، وبمعنى قارب الفعل ولم يشرع فيه، نحو جعل يقول كذا.

(3) سورة يوسف، الآية 72.

يقرأ بأم القرآن ويجمع بزاقه ويتفل حتى برأ الرجل، فأتوهم بالشياه، فقالوا: لا نأخذها حتى نسأل عنها رسول الله ﷺ؛ فسألوا النبي ﷺ فقال: «وَمَا أَدْرَاكَ أَنَّهَا رُقْيَةٌ؟ خُذُوهَا وَاضْرِبُوا لِي مَعَكُمْ بِسَهْمٍ»، رواه البخاري.

ولأن الحاجة تدعو إلى جواز هذا العقد، فإن العمل الذي يحتاج الاستئجارَ عليه الإنسانُ قد يكون مجهولا، كرد الضالة، وحفر البئر، واكتشاف ما في باطن الأرض من المياه والمعادن؛ ولا تنعقد الإجارة في تلك الأعمال المجهولة، لاشتراط كون المنفعة معلومة فيها، والحاجة داعية إلى تحقيق تلك الأعمال المجهولة كرد الضّوالّ، وقد لا يجد المرء من يتبرع به، فقضت تلك الضرورة إلى إباحة بذل الجعل فيه مع جهالة العمل، لأن الجعالة غير لازمة.

ثانيا: أركانها:

وهي إجمالا أربعة:

أ - الصيغة :

وهي كل ما دل على التزام عوض من الجاعل، وإن كان لا يلزمه هذا الالتزام إلا بشرط شروع العامل في العمل، كما سيأتي:

ب - العاقدان:

ويشترط فيهما ما يشترط في عاقد الإجارة، لأن الأصل في بيع المنافع الإجارة، والجعالة رخصة لما فيها من الجهالة والغرر، إذ هي في الحقيقة إجارة على منفعة مظنون حصولها، فاعتبرت لصحة عقدها أهلية الإجارة.

ولا يشترط تعيين المجعول له تكميلاً لمصلحة العقد، بل لو قال الجاعل: من جاءني بفرسي الضال أو سيارتي المفقودة فله كذا، استحق سامعه العوض بإتمام العمل، ولو كان سماعه بواسطة، فله المسمى، ولو زاد على قيمة ما أتى به.

أما لو أحضر العامل المطلوب قبل أن يلتزم فيه الجاعل عوضًا؛ فإن كانت عادة الآتي به طلب الضوال والاكتساب بذلك، فله أجر مثله في قدر تعبه وسفره، ولصاحب الضالة ترك ما جاء به العامل له عوضًا عما يستحقه من جعل المثل؛ وإن لم يكن الآتي به معتادا لطلب الضوال والاكتساب به، فله ما أنفقه فقط حال تحصيله على نفسه، أو

أنفقه على المطلوب الذي أحضره من أكل وشرب وركوب احتاج له لأجل التحصيل، ولكن لا جعل له.

هذا فيمن أتى بالمطلوب قبل أن يلتزم صاحبه بالعوض؛ فإن التزم ربه جعلا، ولكن العامل أحضر الضالة دون أن يسمع التزام صاحبه بالعوض لمن أتى بها، فهل له الجعل؟

فإن كان شأنه الإتيان بالضوال والاكتساب به، فله جعل المثل، ولو زاد على قيمة ما أتى به، وليس لصاحب الضالة ترك ما جاء به العامل له عوضا عما يستحقه من جعل المثل؛ وإن كان الآتي به بعد التزام ودون السماع ليس من عادته الإتيان بالضوال، فله النفقة فقط؛ هذا تقرير مذهب مالك وأصحابه.

وقال الشافعي: الراد ابتداءً متبرع لا شيء له، سواء كان شأنه رد الضوال أو لا؛ وكذلك إن أذن صاحب المطلوب ولم يسمع الآتي به الإذن، أو سمع فضوليا يقول: قال فلان: من رد لي ضالتي الفلانية فله كذا، فردها هذا السامع فلا أجرة له؛ فلا شيء على المالك ولا على الفضولي.

القاعدة في مذهب مالك: أن من فعل لغيره فعلاً مّا شأنه فعله من مال أو عمل، لزمه ذلك المال، وأجرة ذلك العمل، واجبًا كان ذلك الفعل كأداء الدين، أم لم يكن واجبًا كحلق الرأس وغسل الثوب؛ وإن كان شأنه فعله بنفسه أو خدمه، أو هو ممن يسقط عنه ذلك المال، لم يلزمه شيء؛ والشافعي يقول: لا يلزم في ذلك كله شيء، لأنه لا يقضي بالعوائد، ومالك يقضي بالعوائد، لأن العادة كالشرط، بدليل تعيين النقود إذا أطلقت في العقود، فتحمل على نقد البلد أو الغالب إن كانت متعددة، وتعين الأعمال في الإجارات إذا أطلقت، ونفقات الزوجات، فإن ذلك ونحوه يقضي فيه بالعوائد باتفاق، فكأن الشافعي لا يعتمد العوائد كأصل وإن كان يستعملها، ومالك يعتمدها أصلا، لأن لسان الحال يقوم مقام لسان المقال، فالعرف قاعدة من قواعد الفقه، لأن ما عرف عرفًا كالمشروط شرطا؛ وما تقدم من استحقاق من أتى بالضوال أجر المثل ولو لم يسمع التزام صاحبها بالعوض، مبني على هذه القاعدة.

جـ - العمل:

وهو كل عمل يجوز الاستئجار عليه، لكن لا يشترط كونه معلوما تحصيلًا لمصلحة العقد؛ ويحترز بذلك ممن وجد ضالا بغير عمل فلا جعل له، وكذا من عرف مكانه

فدل عليه، فلا جعل له، لأن الدلالة على المال واجبة شرعا حيث علم مكانه وربه لا يعلم، ويكون آثمًا ضامنًا إن لم يُعلم صاحب المال بموضعه؛ ولو أخذ جعلا على إعلامه بموضعه وجب عليه رده، إذ لا يستحق المرء جعلا على عمل ما وجب عليه.

* ومن شروط الجعل فيما يطلب مكانه كالحيوان الضال والسيارة المفقودة ونحوهما: أن يكونا فيما يجهل مكانهما؛ فإن علم المجعول له فقط دون الجاعل، وأتى بالمطلوب كالفرس الضال يعرف مكانه العامل وصاحبه لا يعرف، فللعامل الأقل من جعل مثله والمسمى، لأنه غر الجاعل بكتم الضال مع علمه.

وإن اختص الجاعل بعلم مكانه دون المجعول له فأحضر المطلوب، فله الأكثر من جعل مثله وما سمي له، لأن الجاعل غارّ بالعامل بكتمه لمكان ما يطلب إحضاره، وهو يعلم؛ فإن علم كل واحد منهما محله، وتعاقد معه على أن يأتي به من الموضع المعلوم لهما فيفسد العقد، فإن عمل المجعول له، فقيل إن له جُعلَ المثل نظرًا لسبق الجاعل بالعداء، وقيل يكون له ما تعاقد معه عليه في مقابلة تعبه وسفره لذلك الموضع المعلوم لهما.

* ومن شروطها: أن لا يضرب للعمل أجل للجهل والغرر، إذ لو قدر بزمن يقع فيه، لاحتمل أن ينقضي قبل تمام العمل فيذهب عمله باطلا، إلا أن يكون قد اشترط عليه أن يترك العمل متى شاء، فإنه يجوز ضرب الأجل فيه حينئذ لخفة الغرر؛ فإن قيل شأن هذا العقد الترك فيه متى شاء العامل، فَلِمَ كان العقد غير جائز إذا قدر بزمن عند عدم الشرط مع أن شأنه يغني عن الشرط المذكور؟ الجواب أن المجعول له إذا قدر عمله بزمن عند عدم شرط الترك داخل على التمام في الظاهر، وإن كان له الترك في الواقع، وحينئذ فغرره قوي، وأما عند اشتراط الترك متى شاء فقد دخل ابتداءً على أنه مخير، فغرره ضعيف.

وإذا قدر الجعل بزمن يقع فيه مع اشتراط ترك العمل متى شاء، وانتهى الأجل قبل إتمام العمل، فللعامل بحساب ما عمل؛ وكذا إذا ترك العمل قبل الأجل، لأن العلة من منع ضرب الأجل هي الفِرَار من إضاعة العمل باطلا؛ فإذا شرط للعامل أن له الترك متى شاء، فإنه دخل ابتداء على أنه مخير؛ ولا فائدة من هذا التخيير إلا أن يكون له أجر بحساب ما عمل، إذ لو لم يكن له ذلك لذهب عمله باطلا، كما هو في حالة عدم اشتراط ترك للعمل متى شاء؛ وعندئذ فلا معنى لصحة تقدير زمن الجعل، إذا شرط للعامل ترك العمل متى شاء، لاستواء الحالتين.

فإن قيل: إن كون العمل معلومًا بالأجل شرط في الإجارة، وفي الجعالة يمنع ذلك، والإجارة والجعالة عقد على منفعة، فلم اشترط كون العمل معلومًا في الإجارة دون الجعالة؟

الجواب: إن هناك قاعدة تعرف بجمع الفرق؛ وهي أن يكون الشيء المعين في نظر الشرع يقتضي حكمين متضادين ، وذلك كوصف السفه يقتضي إبطال التصرفات المالية، صونًا لمال المحجور عليه على مصالحه، ويقتضي تنفيذ وصاياه، صونًا لماله أيضًا على مصالحه، لئلا يأخذه الوارث، فصار السفه يقتضي التنفيذ والرد، وهما متضادان.

وكذلك هنا في الإجارة والجعالة، فإن كون العمل غير معلوم يقتضي بطلان الإجارة، لئلا تذهب الإجارة مجانًا، فهو غرر، ويقتضي أن يكون عدم العلم شرطا في الجعالة، لأنه لو قدر كون العمل فيها معلومًا لضاع عمل المجاعل بانقضاء المدة قبل وجود الضال، وإذا كان غير مُقدَّر يزيد المجاعل في الطلب، فيجد الضال ولا يذهب فيه تعبه باطلاً، فصارت جهالة العمل تقتضي الصحة والبطلان، وهما متضادان.

* ومن شروط الجعل: أن لا تحصل للجاعل منفعة إلا بتمام العمل، فلا تجوز الجعالة على بيع أو شراء سلع كثيرة من ثياب ودواب وإبل كالعشرة الأثواب، لا يجوز ذلك ونحوه، إذا كان بشرط أن لا يأخذ شيئًا من العوض إلا ببيع أو شراء الجميع، وذلك لأنه إذا باع بعضها أو اشترى بعضها وترك، فقد انتفع الجاعل وذهب عمل العامل باطلاً؛ والعرف كالشرط.

فإن شرط في العقد، أو جرى العرف بأن ما باعه أو اشتراه بحسابه، جاز، لأن كثرة السلع بمنزلة عقود متعددة يستحق الجعل في كل سلعة بانتهاء عملها، ولم يذهب له عمل باطلاً، وذلك كما لو كانت الجعالة على بيع جمال أو ثياب كثيرة، وشرط أو جرى عرف أن يأخذ العامل العوض بقدر ما باع، أو سمى لكل ثوب أو جملٍ شيئًا ، أو قال: على أن تقبض الأجرة على العدد، فذلك جائز، إذ لم يذهب عمله في ذلك باطلاً.

* ولا تجوز الجعالة على ما فيه مشقة ، فقد يترك العمل وقد بقي القليل، فيضيع على المجاعل العمل الكثير قبل الوصول إلى المقصود؛ والأصل في الجعالة أن ما يعرض للبيع كالثياب والحيوان يمنع الجعل فيه إلا في اليسير كالواحد والاثنين، حتى لا يشتغل المجاعل عن مصالحه، وما لا يعرض للبيع ولا ينقل كالدور والأرض ونحوهما، يجوز فيه الجعل، كما يجوز الجعل في عمل الأيدي.

* وهل يشترط في صحة الجعل أن يكون للجاعل فيه منفعة، أو لا يشترط ذلك؟ فيه خلاف؛ قيل يشترط، وقيل لا يشرط، والمشهور الأول، وهو اشتراط المنفعة للجاعل، وإلا كان من باب أكل أموال الناس بالباطل؛ وينبني على ذلك أنه لو جاعل شخص آخر على أن يصعد لهذا الجبل وينزل منه من غير أن يكون للجاعل منفعة بإتيان حاجة منه مثلا، هل يصح أم لا؟ المشهور عدم الصحة.

وعلى هذا أيضًا قيل: لا يجوز الجعل على إخراج الجان من شخص، ولا حل سحر وحل مربوط، لأنه لا يعرف حقيقة ذلك، فلا يتأتى الوقوف على كون الجان خرج أو لا، ولكن قال بعض العلماء: إنه إذا تكرر النفع من ذلك العامل وجُرِّبَ وعلمت الحقيقة، جاز الجعل على ما ذكر، وبه أفتى ابن عرفة من المالكية؛ وقيد ذلك بما إذا كانت الرقية عربية أو عجمية معروفة المعنى من شخص عدل، ولو إجمالا، لئلا تكون ألفاظًا مكفرة.

* هذا ويكره الجعل على الخصومة، علىأن لا يأخذ العوض إلا بإدراك الحق؛ وله أجرة مثله إن فعل؛ وعن مالك جواز الجعل على الخصومة، والمعروف المنع إلا فيما قل، حتى إذا ترك العامل قبل التمام لم ينتفع الجاعل بشيء؛ أما إذا طالت الخصومة ثم ترك وانتفع الجاعل بالحجاج، فلا تصح الجعالة فيها، إذ لا يجوز أن تحصل منفعة للجاعل إلا بتمام العمل كما تقدم.

فإن وكل الجاعل شخصًا آخر فأتم الخصومة، هل يكون للأول من الأجر بقدر ما انتفع طالب الخصومة من عمله؟ في ذلك خلاف؛ ولو ادعى على وكيل الخصومة أنه مقصر في حججه، نظر الحاكم، إن وجده كذلك فسخ العقد.

علاقة الجعالة بالإجارة: كل ما جاز فيه الجعل جازت فيه الإجارة، وليس كل ما جازت فيه الإجارة يجوز فيه الجعل، فالإجارة أعم من الجعل، وهو أخص منها، فكل موضع جاز فيه الجعل تجوز فيه الإجارة، لأنه يلزم من وجود الأخص وجود الأعم، وكل موضع جازت فيه الإجارة، لا يلزم أن يجوز فيه الجعل، إذ لا يلزم من وجود الأعم وجود الأخص، فيجتمعان في نحو بيع وشراء ثوب، أو حفر بئر في فَلَاةٍ لا في أرض يملكها الجاعل، وكاقتضاء دين.

وتنفرد الإجارة في بيع سلع كثيرة، وحفر آبار في ملك الجاعل، وخدمة شهر، وسكنى بيت، واستئجار دابة لمدة، فلا يصح العقد على ذلك أن يكون جعالة، بأن يُجَاعِلَهُ على شرط التمام، لأن المجاعل قد ينتفع بخياطة البعض أو بيع البعض باطلا إذا لم يتم العامل العمل؛ ويصح العقد على ما ذكر أن يكون إجارة، بأن يدخلا على أن له عوضًا بحساب ما عمل إن ترك قبل الإتمام؛ غير أن بيع السلع الكثيرة وشراءها على أن يكون جعالة إنما يمنع إذا كان لا يأخذ شيئًا من الجعل إلا ببيع أو شراء الجميع، أما إذا دخل على أن ما باعه أو اشتراه فله بحسابه، جاز كما تقدم.

ومما تقدم يتبين أن الإجارة تنفرد عن الجعالة، والجعالة لا تنفرد عن الإجارة، فكل ما جاز فيه الجعل جازت فيه الإجارة، ولا يصح العكس: وزعم بعضهم أن الجعالة تنفرد فيما جهل حاله ومكانه، كالإنسان الهارب والحيوان الشارد، فيصح فيه الجعل على أنه لا يستحق العوض إلا بالتمام، ولا يصح فيه الإجارة، لأن من شروط الإجارة كون المنفعة معلومة، وما جهل من الأعمال كالإتيان بالشارد والهارب لم يتحقق فيه كون المنفعة معلومة، فلم يجز فيه الإجارة، فانفرد عقد الجعل فيما جهل حاله ومكانه، فلا يصح القول بأن الإجارة أعم من الجعالة مطلقًا، بل يجتمعان في أشياء، وينفرد كل منهما بأشياء، بينهما العموم والخصوص الوجهي.

وهذا الزعم غير صحيح، فإن الجعالة لم تنفرد عن الإجارة بمحل؛ وما جهل حاله ومكانه، كما يصح فيه الجعل تصح فيه الإجارة، فالعقد على الهارب أو الشارد إن كان على شروط الإتيان، به وأن العامل لا يستحق الأجرة إلا بالتمام فهو جعالة، وإن كان على التفتيش عليه كل يوم بكذا، سواء أتى به أم لا، فهو إجارة، لأن المنفعة معلومة حين العقد، فالحق أن بينهما عمومًا وخصوصًا مطلقًا، وأن الإجارة أعم من الجعالة.

د - العوض:

وشرطه أن يكون معلومًا مقدورًا، فيشترط فيه عمومًا ما يشترط في أجرة الإجارة، فلا تصح الجعالة بأجر مجهول؛ والفرق بين العوض والعمل في الجعالة حيث يكون العمل غير معلوم، هو أن الحاجة تدعو إلى كون العمل مجهولا، بأن لا يعلم موضع الضالة كالشارد، ولا حاجة إلى جهالة العوض، فلا بد من كونه معلومًا حين العقد، وبأن العمل لا يصير لازمًا فلم يجب كونه معلومًا، والعوض يصير لازمًا بإتمام العمل، فوجب كونه معلومًا.

ويجوز السكوت على العوض إذا كان معلومًا عادة لتعيين النقد بالعادة؛ فلا يصح بما فيه الغرر والجهالة؛ فلو قال: بعه ولك نصفه، امتنع للغرر بجهل ما يباع به، فإن وقع فالعقد فاسد، فإن علم به بعد الشروع في العمل تمادى فيه وله أجرة المثل؛ وكذا لو قال له: بعه ولك من كل درهم كذا، فيمتنع، إذا لم يسم ثمنًا، لأنه لا يعرف ما يباع به، فإن سمى ثمنًا بأن قال: إن بعته بعشرة فلك درهم مثلا، جاز، لكونه معلوم القدر؛ فإن باعه بأكثر مما سماه له، فليس له إلا ما سماه له، وهو الدرهم المذكور؛ ولو قال: بعه بعشرة فلك عُشْرُهُ فما زاد فبحسابه، فسد العقد لجهالة ما يزيد.

هذا ويجوز أن يكون عوض الجعالة منافع معلومة أو متقاربة، كأن يجاعل على بناء دار بصفة معلومة لهما، والعوض أن يسكنها سنة مثلا، أو على إصلاح طاحون أو قناة، وله نصفها، لأن ذلك متقارب معلوم عادة.

ويشترط لصحة الجعالة أن يكون الأجر غير منقود بشرط، فإن شرط النقد فسد العقد، سواء حصل النقد بالفعل أو لم يحصل؛ فإن اشتراط نقد الأجر أي دفعه مقدما مضر لتردد المدفوع بين كونه ثمنًا إن وجد الضال مثلا وأوصله إلى صاحبه، وكونه سلفًا إن لم يوصله إلى صاحبه؛ وأما تقديم الأجر من دون شرط تطوعًا فجائز لا يضر.

ثالثا: أحكامها:

الجعالة عقد جائز من الجانبين، فلكليهما الفسخ ما لم يشرع العامل في العمل كالقراض، ولأنها معلقة على شرط فأشبهت الوصية؛ فإن شرع العامل في العمل لزمت الجاعل خاصة دون العامل، فله الترك متى شاء؛ وقيل: تلزم بالقول في حق الجاعل خاصة وإن لم يشرع في العمل، ولا تلزم المجعول له، فله الترك، وقيل: إنها كالإجارة تلزمهما بالقول، والراجح الأول؛ ذلك أن العقود قسمان:

منها ما يستلزم مصالحها التي شرعت لأجلها بمجرد العقد؛ فهذه شرعت على اللزوم، كالبيع، والإجارة، والهبة، والصدقة، وعقود الولايات، ونحوها، فإن التصرف المقصود بالعقد يمكن أن يوجد عقيب العقد؛ وهذا القسم هو الأصل في العقود، لأن الأصل ترتب الأحكام على أسبابها.

والقسم الثاني من العقود: ما لا يستلزم مصلحته بمجرد العقد؛ ومن هذا القسم الجعالة، فإن تحصيل ما التزم به العامل كرد الضال وحفر الآبار، قد يتعذر، فشرعت على

الجواز لا على اللزوم، فلكل واحد من المتعاقدين فسخ العقد على نفسه، لئلا يلزمه ما لم يتعين مصلحته، ومن هذا أيضًا القراض.

والعامل في الجعالة لا يستحق الكراء إلا بإتمام العمل، فإذا ترك قبل الإتمام لم يستحق شيئًا إلا أن ينتفع الجاعل بعمله، كأن يستأجر صاحب العمل أو يجاعل من يتم عمله، أو أتى بباقي العمل بنفسه، أو عمل له مجانًا، فيستحق العامل الأول من الأجر بنسبة عمل العامل الثاني، سواء كان عمل الثاني قدر عمل الأوّل، أو أقل أو أكثر، ولو كان هذا الأجر الذي يأخذه الثاني أكثر من أجره الأول، ما دام الجاعل قد انتفع بما عمله له العامل الأول.

* مثال ذلك: أن يجعل للعامل خمسة دراهم على أن يحمل له متاعًا إلى مكان معلوم، فحمله وأوصله نصف الطريق وتركه، فجعل صاحب المتاع عشرة دارهم لشخص على إيصاله لذلك المكان المعلوم، فأوصله هذا الأخير، فاستحق عشرة، فيستحق الأول عشرة أيضًا مثل الثاني، لأنه الذي ينوب فعل الأول من عمل الثاني، لأن الثاني لما استؤجر نصف الطريق بعشرة علم أن قيمة إجارته يوم استؤجر عشرون.

فإن قيل: إن الأول قد رضي بحمل المتاع المذكور جميع المسافة بخمسة، فكان يجب أن يعطى نصفها، والمغابنة جائزة في الجعل كالبيع، قلنا: إنه لما كان عقد الجعالة منحلا، غير لازم، من جانب العامل بعد العمل، فلما تركه بعد أن حمل نصف المسافة، صار تركه للإتمام إبطالا للعقد من أصله، وصار الثاني كاشفا مبينًا لما يستحقه الأول، فكان على الجاعل للأول نسبة انتفاعه بالثاني.

ولو كان الأول أوصل المتاع ثلث المسافة وترك، واستؤجر الثاني على إكمال المسافة بعشرة، فأوصله، كان للأول خمسة، لأن عمله نصف الثاني فيستحق نصف أجر الثاني؛ وهكذا، فلو أوصله الجاعل بنفسه، أو أتمها له غيره مجانًا؛ يقال: ما قيمة ذلك الإتمام لو استأجر أو جاعل عليه صاحب العمل؟ فيقال: كذا، ويعطى الأول بنسبته؛ ولكن لو جاعل صاحب العمل نفس العامل الأول على الإتمام، فإنه يستحق الجعل المعقود عليه أولا فقط.

* مثال آخر: ما إذا جاعل رجلا على حفر بئر وله مائة، فيحفر بعضها ويترك العمل، فلا يستحق شيئًا إلا إذا أتم ذلك الحفر غيره، فإذا جاعل صاحب العمل شخصًا آخر

على إتمام الحفر وله مائة فأتم العمل، فللأول بقدر ما انتفع به الجاعل؛ فإذا كان الأول قد حفر عشرين مترًا وترك العمل، فاستأجر المالك على الإتمام، فحفر عشرة أمتار فاستحق العشرة، فللأول عشرون، لأنه لما استحق الثاني العشرة بحفر عشرة، علم أن الأول يستحق ضعفه.

مسائل الإجارة: التي تشبه الجعالة، من حيث إنه لا يستحق فيها الأجير أجرته إلا بتمام العمل:

1 - كراء السفن لا يستحق إلا بتمام العمل: وهو البلاغ إلى المحل المشترط مع إمكان إخراج ما فيها؛ فإذا غرقت السفينة في أثناء الطريق أو في آخرها قبل التمكن من إخراج ما فيها، فلا كراء لصاحبها إلا أن يتم العمل غير الأول، فإذا عطبت في أثناء الطريق، فجاء صاحب سفينة أخرى فحمل ما فيها إلى المحل المقصود بأجرة كثيرة أو قليلة، فللأول الذي غرقت سفينته بحسب كرائه، لا بحسب كراء الثاني، لأنه عقد إجارة لازمة، فأجر العامل في الإجارة بحساب ما عمل؛ غير أن كراء السفينة لما كان له شبه بالجعالة فلا يستحق فيه الأجر إلا بتمام العمل، فإن غرق بعض ما في السفينة ونجا البعض فحمله غيره إلى المحل المقصود، فلا كراء لما غرق، وإنما له كراء ما بقي إلى محل الغرق، بحساب أجر ما نجا من الحمولة، لا بنسبة أجر العامل الذي حمل ما نجا من الغرق.

وبالجملة، فإن كراء السفن إجارة لازمة بالعقد، إلا أنها لما كانت إجارة موصوفة بكونها على البلاغ أشبهت الجعل من حيث لا تستحق فيه العوض إلا بتمام.

وكون عقد كراء السفن إجارة لازمة ما لم يصرحا عند العقد على أنها جعالة، وهو حينئذ عقد غير لازم؛ فإن عقدا على الجعالة، كما لو قال: إن حملت متاعي هذا إلى المحل الفلاني فلك كذا، فحمله إنسان في سفينته فغرقت في نصف الطريق، فحمله غيره بكراء أو جعل قدره كذا، فللأول بحساب العامل الثاني كما تقدم.

2 - ومثل السفينة مشارطة الطبيب على البرء، في أنها إجارة على البلاغ، فلا يستحق الأجرة إلا بحصوله، فإن ترك قبل البرء فلا شيء له إلا أن يتم غيره، فله بحساب كرائه الأول، لأنه إجارة، وهي بحساب ما عمل؛ فإن لم يجعل الطبيب الأجرة على البرء فله بحساب ما عمل.

3 - وكذا مشارطة معلم على حفظ القرآن كله أو بعضه، فإجارة على البلاغ، فلا أجرة له إلا بالحفظ؛ وكذا مشارطة معلم صنعة على أنه إن تعلمها فللمعلم كذا، ومشارطة حافر بئر على استخراج الماء بموات، وكذا إرسال رسول لبلد لتبليغ خبر أو إتيان بحاجة؛ فهذه الأشياء إجارة لازمة، إلا أن لها شبهًا بالجعالة من حيث إنها إجارة على البلاغ، فلا يستحق العامل الكراء إلا بتمام العمل كالجعالة.

ثم إن اعتبار هذه المسائل من الإجارة على البلاغ، إن صرح بالإجارة عند العقد أو سكت ولم يصرح بشيء؛ أما إن صرح عند العقد بأنها جعالة كانت جعالة، فلا تكون عقدًا لازمًا؛ فإن قيل: إن الإجارة على البلاغ مساوية للجعالة في أن الأجرة فيها لا تستحق إلا بعد تمام العمل، فما وجه جعل تلك الأمور من الإجارة لا من الجعالة؟

الجواب: إنه لا يلزم من استوائهما في هذا الوجه استواؤهما في غيره، فالإجارة على البلاغ لازمة بالعقد، بخلاف الجعالة.

حكم الجعالة الفاسدة: إذا فسدت الجعالة لفقد شرط من شروطها، فإن أدركت قبل الشروع في العمل فسخت، وإن أدركت بعد العمل مكن من التمادي والاستمرار على القول بأن الجعالة الفاسدة ترد إلى الجعالة الصحيحة دون الرد إلى الإجارة، لأن فسخها قد يذهب بعمل العامل باطلاً، فإن تم العمل فله جعل المثل، وإن لم يتم العمل فلا شيء له؛ هذا هو المشهور ردًّا له إلى صحيح بابه، من حيث إنه إن تم العمل أعطي وإلا فلا؛ وقيل: له أجرة مثله ردًّا لفاسد الجعالة إلى صحيح أصله، وأصل الجعالة الإجارة، لأن عاقد الجعالة يشترط فيه ما يشترط في الإجارة، وصحيح الإجارة فيه أجرة المثل؛ فإذا رددنا فاسد الجعالة إلى صحيح الإجارة، فللعامل أجرة المثل، بقدر عمله.

والفرق بين جعل المثل وأجرة المثل: أن جعل المثل لا يأخذه العامل إلا إن تم العمل، أما أجرة المثل فيستحقها العامل سواء تم العمل أم لا، فيأخذ بحساب عمله، بأن يقال: ما أجرة مثله إن لو تم العمل؟ فيقال: عشرة مثلا، فيعطاها إن كان قد أتم العمل؛ ويقال: ما أجرة مثله حيث لم يتم العمل؟ فيقال خمسة مثلا، فيعطاها.

ورد الجعالة الفاسدة إلى الجعالة الصحيحة أرجح، لأن الأصل رد الفاسد إلى صحيح نفسه، فإذا رددنا فاسد الجعالة إلى صحيح بابه ولم يتم العمل، فلا شيء للعامل إلا أن يجعل الجاعل العوض مطلقًا، تم العمل أم لا، كما إذا قال له: إن أتيتنى بفرسي الضال

فلك كذا، وإن لم تأت به فلك كذا، فله في هذه الحالة أجرة المثل، وإن لم يأت به؛ وإنما كان ما يأخذه العامل أجرة لا جعلا عند جعل العوض له مطلقًا، لأن هذا العوض الذي يأخذه عند عدم الإتيان به ليس جعلا حقيقة، بل نفقة، بخلاف ما يأخذه عند الإتيان به فإنه جعل حقيقة.

الفصل الثالث

الشركة وأقسامها وأحكامها

وهي بكسر الشين وفتحها وسكون الراء فيهما، وبفتح الشين وكسر الراء؛ وَالأولَى وهي كسر الشين مع سكون الراء أفصح؛ وهي لغة: الاختلاط والامتزاج مقتضية للتعدد؛ فالشركة نسبة تقتضي متعددا أقله اثنان؛ يقال شركه في ماله: أي جعل الواحد في المال اثنين، فهو شريك، لأن كل واحد منهما جعل بدل نفسه في ماله اثنين؛ وجمع شريك شركاء وأشراك، كشريف وشرفاء وأشراف؛ والشركة نوعان: شركة أملاك، كشركة الإرث والغنيمة، وشركة عقود؛ وهذا الباب لشركة العقود.

فشركة العقد هي شركة تنشأ بالعقد. وقد يطلق اسم الشركة على العقد الذي ينشئها؛ وهي بهذا المعنى «عقد بين اثنين أو أكثر على الاشتراك في المال وربحه، أو على الاشتراك في ربحه دون الاشتراك في رأس المال»، وتسمى في الحال الأولى بشركة الأموال، وفي الحال الثانية تسمى مضاربة أو قراضًا؛ وقد تكون الشركة عقدًا على الاشتراك في أجر عمل، وتسمى شركة الأعمال، أو شركة الأبدان، أو شركة الصنائع؛ وقد تكون عقدًا على الاشتراك فيما يشترى ويباع دون أن يكون هناك رأس مال لهم يتاجرون فيه، وهذه تسمى شركة الوجوه.

وعلى ذلك انحصرت أنواع الشركة في:

1 - شركة الأموال.
2 - شركة الأعمال.
3 - شركة الوجوه.
4 - شركة الذمم؛ وقيل هي وشركة الوجوه شيء واحد.
5 - شركة القراض أو المضاربة.

وقبل الكلام على هذه الأنواع من الشركات بالتفصيل، يجدر بنا الحديث أولا عن مشروعية الشركة، وعن انعقادها، ثم عن أركانها وشروطها.

أولا: مشروعية الشركة:

كانت شركة العقود معروفة قبل الإسلام؛ فقد روى أبو داود والنسائي وابن ماجه عن السائب بن أبي السائب أنه قال للنبي ﷺ : كنت شريكي في الجاهلية، فكنت خير

شريك، لا تداريني ولا تمارينني؛ وفي لفظ لأبي داود وابن ماجه أن السائب المخزومي كان شريك النبي ﷺ قبل البعثة، فجاء يوم الفتح فقال: مرحبًا بأخي وشريكي، لا تداري ولا تماري؛ وأخرج البخاري عن أبي المنهال أن زيد بن أرقم والبراء بن عازب كانا شريكين، فاشتريا فضّةً بنقد ونسيئة، فبلغ النبي ﷺ، فأمرهما «أَنَّ مَا كَانَ يَدًا بِيَدٍ فَخُذُوهُ، وَمَا كَانَ نَسِيئَةً فَرُدُّوهُ».

وقد أقر الإسلام هذا النوع من المعاملة والتجارة لحاجة الناس إليها وتعارفهم إياها، فقد كانت الشركات - ولا زالت - ذات نشاط اقتصادي مرموق في الحياة والأعمال التجارية الهامة، وعليها تقوم أعظم الأعمال الصناعية، وأهم المشاريع التجارية، حتى كان لها سلطان ونفوذ لا يفوقه إلا سلطان الحكومات ونفوذها، وذلك لما تقوم عليه الشركات من التضامن والتعاون بين أعضائها بما لهم من أموال وقوة ونظر وتدبير، لا يصل إلى مستواه ما للفرد من ذلك؛ فقد روى أبو داود عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال حكاية عن رب العزة سبحانه وتعالى: «أَنَا ثَالِثُ الشَّرِيكَيْنِ مَا لَمْ يَخُنْ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ، فَإِذَا خَانَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ خَرَجْتُ مِنْ بَيْنِهِمَا»، وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «يَدُ اللَّهِ عَلَى الشَّرِيكَيْنِ مَا لَمْ يَتَخَاوَنَا».

وهذه الأحاديث تدل على أن الشركة مشروعة ، وأنها فوق ذلك مطلوبة على وجه الندب عند الحاجة إليها، إذ جعلت سببا ووسيلة لما يمنحه الله سبحانه وتعالى للشريكين من معونة وتوفيق وفلاح، لأن الله سبحانه وتعالى معهما، وما ظنك بشركاء الله معهم.

هذا وأجمع المسلمون على جواز الشركة في الجملة، وإن اختلفوا في مشروعية أنواع منها، سَنُبَيِّنُهَا إن شاء الله.

ثانيا: عقدها:

عقد الشركة يقوم على ما تقوم عليه العقود المالية الأخرى من الأركان والشروط التي ترجع إلى الانعقاد والصحة، أو التي ترجع إلى اللزوم والنفاذ؛ فما ذكره الفقهاء من أحكام وشروط تتعلق بذلك مراعًى في عقد الشركة، إذ أنه لا يمتاز عن غيره من العقود المالية بخصوصية في ذلك، بل يتفق معها في أحكامها وفي شروطها التي تتعلق بالعاقدين والصيغة كذلك؛ ولذا يجب في العاقدين أن تتوفر الأهلية والسلامة من العيوب، كالإكراه والهزل، ويعلم كل من العاقدين ما صدر عن الآخر ويفهمه؛ ويجب

في الصيغة أن يكون كل من الإيجاب والقبول واضح الدلالة على مراد المتعاقدين، وأن يكون القبول موافقا للإيجاب، لأنه جواب له، وتكون الموافقة باتحاد موضوع العقد، وأن يتصل القبول بالإيجاب، ويكون ذلك باتحاد مجلس الإيجاب والقبول عرفًا حتى يلتقي القبول مع الإيجاب؛ وفي المعقود عليه يجب أن يكون لعقد الشركة محل، وأن يكون ذلك المحل موجودًا أو ممكن الوجود، وأن يكون أيضًا معينًا أو قابلا للتعيين، ويكون قابلا للتعامل مشروعًا، وأن يكون السبب كذلك مشروعًا؛ والمحل ما تم التعاقد على الاشتراك فيه من رأس المال والربح؛ وسبب العقد هنا هو التزام كل شريك بتقديم حصته من رأس المال.

والمطلوب في الصيغة أن تكون دالة على معنى الشركة، كأن يقول أحد الشركاء لغيره من الشركاء: شاركتك، أو شاركتكم في كذا من المال، على أن يدفع كل منا كذا منه، وأن يكون الربح الناتج من عملنا فيه بيننا على نسبة كذا، أو يقول: شاركتك على أن يكون ما يشتريه كل منا شركة بيننا نصفين مثلا، وربحه عند بيعه بيننا على هذا الوضع، أو يقول: شاركتك على أن ما يدفع أجرًا لما يتقبله كل منا من العمل يكون بيننا على نسبة كذا؛ وهذا في شركة العمل، ونحو ذلك؛ والقبول أن يجيب من وُجِّه إليه الإيجاب من شركائه.

ولا يشترط في الإيجاب والقبول لفظ معين، بل تنعقد الشركة بكل ما يفيد معناها ، ولذا لو دفع إنسان إلى آخر مبلغًا مقداره عشرة آلاف دينار مثلاً، وقال له آخر: أخرج ألفا مثلها على أن نتجر بها، وما كان من ربح فهو بيننا مناصفة، وقبل الآخر ذلك فأخذها منه، انعقدت الشركة بينهما.

وإذ قد عرفت أن عقد الشركة يتفق مع العقود المالية الأخرى في أحكامها وفي شروطها التي تتعلق بالعاقدين وبالصيغة، يجدر بنا هنا أن نذكر الشروط الخاصة بهذا العقد.

شروط عقد الشركة[1]:

من شروط الشركة ما هو عام يجب توافره في جميع أنواعها التي سيأتي بيانها ، ومن شروطها ما هو خاص ببعض أنواعها دون بعضها الآخر.

---

(1) انظر الأستاذ علي الخفيف: الشركات في الفقه الإسلامي، ص 28 وما بعدها.

فأما شروط الشركة العامة أي التي يجب توافرها فيها على اختلاف أنواعها فشرطان:

أحدهما: أن يكون في كل من الشريكين أو الشركاء أهلية التوكيل والتوكل صحة ونفاذًا؛ ذلك لأن الشركة على اختلاف أنواعها تتضمن وكالة كل شريك عن صاحبه، ولذا يجب أن تتوافر فيه شروط الوكيل باعتباره وكيلاً، وشروط الموكل باعتباره موكلا صاحبه، إذ أن كلا من الشركاء وكيل عن صاحبه في التصرف في موضوع الشركة، بيعًا وشراء واستثمارًا واستئجارا وتقبلا للأعمال في شركة العمل، لأن هذا هو مقتضى الشركة؛ والأصل في كون كل منهما وكيلا وموكلا في التصرفات العموم، ما لم تقيد بقيد؛ وإنما شرط أهلية التوكيل والتوكل في كل منهما، لكي يكون تصرف أحدهم أو عمله لجميع الشركاء عن نفسه بالأصالة وعنهم بالوكالة؛ ومن هذا الأصل اشتركوا فيما يترتب على هذا التصرف من آثار والتزامات.

وثانيهما: اشتراك جميع الشركاء في الربح، بحيث تكون حصة كل شريك من الربح نسبة مشاعة معلومة كالنصف والثلث والربع، فإن جهلت فسد العقد، لأن الربح هو المقصود من الشركة، فهو المعقود عليه، وجهالة المعقود عليه تستوجب فساد العقد، فلم يصح مع الجهالة، كجهالة الثمن في البيع، والأجرة في الإجارة؛ ولأن جهالة الربح تمنع تسليم الواجب، فإذا حدد ربح أحد الشركاء بقدر معين من المال، كعشرة آلاف دينار، أو جعل له قدر معين من المال كمائة دينار مع نسبة من الربح، كأن جعل له مائة دينار مضافا إليهما خمس الربح، فسد العقد، ذلك لأن عقد الشركة يقتضي تحقيق الاشتراك في الربح على أي وضع؛ وقد يحدث أن لا يزيد الربح على مقدار ما حدد لأحدهم من نقود، فيختص حينئذ بالربح جميعه؛ وعلى ذلك وجب أن يكون ما جعل لكل شريك جزءًا شائعًا من الربح، غير مضاف إليه مقدار معين من المال، فقد أجمع الأئمة على أنه متى جعل نصيب أحد الشركاء دراهم معلومة، أو جعل له مع نصيبه دراهم، مثل أن يجعل لنفسه جزءًا وعشرة دراهم بطلت الشركة، لأنه إذا شرط دراهم معلومة احتمل أن لا يربح غيرها فيحصل على جميع الربح، كما تقدم، واحتمل أن لا يربحها اصلا فيأخذ من رأس المال، وقد يربح كثيرًا فيستضر من شرطت له الدراهم.

وكذلك تفسد الشركة إذا لم يكن الربح المحدد لأحدهما أو لكليهما مشاعًا، كما إذا شرط لأحدهما ربح أحد الثوبين، أو ربح إحدى السفرتين، أو ربح تجارته في شهر أو

عام بعينه، لأنه قد يربح في ذلك المعين دون غيره، فيختص أحدهما بالربح، وهو مخالف لموضوع الشركة.

ذلك الذي تقدم هو ما يختص بالشروط العامة التي يجب توافرها في جميع أنواع الشركة، أما ما يخص كل نوع من أنواعها فتذكر عند بيان كل نوع منها.

وإليك الكلام على أنواع الشركة مرتبة على النحو الذي سبق ذكره.

ثالثا: أنواعها:

أ - شركة الأموال:

وهي «عقد مالكي مالين فأكثر على التَّجْرِ فيهما مع أنفسهما»، أي مع بقاء تصرف أنفسهما في المال»[1]، والمراد بالتَّجْرِ فيهما معا: أن يتاجر كل منهما في المالين مع صاحبه، ولو كان منعزلا عن الآخر في المكان، ما دام أن ما يحصل من ربح أو خسر يكون بينهما؛ وخرج بذلك الوكالة والقراض من الجانبين، إذ كل واحد منهما في الوكالة أو القراض المتبادل يتصرف فيما بيده للآخر استقلالا؛ فلو أعطيت إنسانًا مالا ليعمل فيه قراضًا، وأعطاك هو أيضًا مالا قراضًا، فإن كل واحد منكما يتصرف في المال الذي أخذه ليعمل فيه تصرفًا مستقلا عن صاحب المال، وكذلك الأمر في الوكالة المتبادلة، بخلاف الشركة، فإن العقد وقع على أن كل واحد يتصرف فيما بيده له ولصاحبه معًا.

بم تلزم شركة الأموال؟

وهل يتوقف صحتها ولزومها على خلط أموال الشركاء؟ في ذلك أقوال:

* الأول: إنها تلزم بمجرد صدور ما يدل عرفًا على الرضا بها من الجانبين، كسائر العقود والمعاوضات، قولا كان الصادر، كأن يقول: اشتركنا، أو يقوله أحدهما ويسكت الآخر راضيا به، أو كان فعلاً، كخلط المالين والتجر فيهما، وأولى باللزوم إذا اجتمع القول والفعل؛ فعلى هذا، فخلط المالين ليس شرطًا لصحة العقد، ولا للزومه، فيصح ويلزم بمجرد القول، فلو أراد أحدهما المفاصلة قبل الخلط وامتنع الآخر، فالقول للممتنع

(1) أنظر الشرح الصغير للدردير بحاشية الصاوي، والكواكب الدرية في فقه المالكية، 3، ص 175 .

حتى ينض المال بعد العمل؛ وعلى هذا، فعقد الشركة على المال يترتب عليه بمجرد صدوره اشتراك الشركاء في رأس المال؛ وذلك أنه يفيد بيع بعض مال كل من الشركاء لصاحبه ببعض ماله.

فإذا عقدت الشركة بين اثنين كان ما دفعه كل منهما من رأس مال الشركة مشتركًا بينهما مناصفة، نتيجة لبيع كل منهما نصف مال صاحبه، إن عقدت على رأس مال يساهمان فيه مناصفة، بأن دفع كل منهما نصفه؛ فإن عقدت على أن يكون رأس المال أثلاثا بينهما، على أحدهما الثلث وعلى الآخر الثلثان، كان مقتضاها بيع صاحب الثلث ثلثي ماله بثلث مال الآخر.

هذا هو القول المشهور والمعتمد عند أصحاب مالك[1]؛ فخلط المال ليس شرطًا للزوم العقد كما تقدم؛ فإذا اشترى أحدهما بماله الذي عينه رأس مال للشركة قبل الخلط، فهو بينهما، لأنها لزمت؛ غير أن خلط المالين شرط في الضمان، أي في دخول رأس المال في ضمان الشركاء جميعًا، فما يهلك منه قبله يهلك على صاحبه خاصة؛ ثم إن اشتراط الخلط في الضمان إنما هو بالنسبة لما فيه حق التوفية، وهو ما يكال أو يوزن أو يعد؛ أما غيره فلا يشترط فيه الخلط، بل متى انعقدت الشركة ولزمت كان ضمان المالين منهما.

ومذهب الحنابلة[2] كمذهب مالك، فلا يشترط عندهم اختلاط المالين لصحة الشركة إذا أحضر المالان وتعينا ،ولكنهم يخالفون المالكية في أنهم لا يجعلون خلط المال شرطا في دخول رأس المال في ضمان الشركاء جميعًا، بل هلاك أحد المالين في ضمان الشركاء مطلقًا، سواء أكان ذلك قبل اختلاط أم بعده؛ فقد قالوا: إذا نما أحد المالين أو خسر قبل الخلط، فالنماء لهما والخسران عليهما، لأن المال صار مشتركًا بينهما بمجرد العقد.

وحجة الحنابلة[3] أن الشركة عقد يقصد به الربح فلا حاجة إلى الخلط في محله، ولأنه يقوم على الوكالة، وليس من شروطها الخلط، بل يتم بمجرد القول، ومن مقتضى تمام العقد أن يكون المالان كالمال الواحد، فيكون التالف من ضمانهما.

---

(1) الشرح الكبير بحاشية الدسوقي، جـ 3، ص 348 ، والخرشي جـ 5، ص 47 وما بعدها.

(2) المغني لابن قدامة، جـ 5 ص 128 .

(3) المرجع السابق، جـ 5، ص 128.

* القول الثاني: إن الشركة تصح بالقول أو غيره مما يدل على الرضا، ولكنها لا تلزم إلا بخلط المالين، سواء انضم إليه قول أم لا؛ وخلط المالين قد يكون حسيا وقد يكون حكميًا.

والخلط الحكمي يتحقق بكون المالين في حيازة أحد الشريكين أو الشركاء، ويكفي أن يكون المالان في صرتين بمحل واحد قفل بقفلين، مع كل من الشريكين مفتاح قفل، أو قفل عليه بقفل واحد مع كل منهما مفتاح، أو جعل كل واحد من المالين في صرة وجعلا في حوزة أحدهما، أو حوزة أجنبي، فهذه كلها من جملة الخلط الحكمي؛ وهذا أحد القولين عند المالكية[1]، وعليه، لو أراد أحد الشركاء المفاصلة قبل خلط المالين أجيب لما طلبه، لعدم لزوم العقد.

* القول الثالث: لأبي حنيفة[2] وأصحابه: إن شركة الأموال تنشأ بالإيجاب والقبول، ولكنها لا تتم ولا يترتب عليها أثر إلا بالتصرف في رأس المال؛ فإذا عقد اثنان شركة على رأس مال مقداره عشرة آلاف دينار مثلا، مناصفة بينهما، وكانت أموالهما هذه حاضرة، لم يترتب على هذا العقد اشتراك في مال كل منهما، فإذا ضاع مال أحدهما بسرقة أو غرق أو نحو ذلك من أسباب التلف والضياع، فإنه يضيع على صاحبه وحده، وتبطل بضياعه الشركة لانعدام محلها، وهو المال المشترك بين الشركاء المتعاقدين عليها.

ووجه هذا القول أن الشركة تتضمن الوكالة والتوكيل؛ والوكالة في المالين جائزة قبل الخلط، وثبوت الوكالة فيهما أثر من آثار انعقاد الشركة وقيامها قبل الخلط؛ ولا يلزم أن يكون من آثار عقد الشركة اشتراك في ملك المالين قبل التصرف، فيظل كل مال على ملك صاحبه بعد العقد كما كان قبل، إذ لم يوضع عقد الشركة لنقل الملكية من شخص إلى آخر، فكل شريك من الشركاء يستمر ملكه لرأس المال الخاص به إلى أن يتصرف فيه بالشراء به؛ فإذا حدث ذلك بأن تصرف أحد الشريكين في ماله باعتباره شريكًا، بأن اشترى به سلعة تجارية، كانت هذه السلعة شركة بينهما على ما لكل منهما من نسبة في رأس المال مناصفة أو غيرها؛ وإذا هلك مال الآخر بعد ذلك، كان الهالك عليهما جميعًا، لأن هلاكه كان بعد أن تم العقد بالتصرف في المال.

---

(1) الخرشي، جـ 5 ص 47، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير، جـ 3، ص 348.
(2) انظر الهداية، جـ 6 ص 44 وما بعدها.

فخلاصة هذا القول أن خلط المال ليس شرطًا لصحة عقد الشركة، بل هي صحيحة من دونه، ولكن ليس من آثار هذه الصحة اشتراك في ملك المالين قبل التصرف في أحد المالين.

* القول الرابع: إن شركة الأموال لا تصح إلا بخلط رأس المال خلطًا لا يتميز به مال شريك من مال الآخر، وذلك لأن كل مال ملك لصاحبه قبل خلطه، فمال كل واحد منهما قد يتلف منه دون مال صاحبه فلا يتحمل صاحبه التلف، لأنه خسارة مال لا شركة له فيه، وقد يزيد مال أحدهما دون صاحبه، ويستلزم ذلك أن يكون ربحه له خاصة ، لأنه نماء مال لا شركة فيه، وذلك خلاف ما يستوجبه عقد الشركة من الاشتراك في الربح؛ لذلك وجب الخلط ليتم الاشتراك قبل التصرف، حتى يكون الربح ربح مال مشترك بين الشركاء، فيكون بينهم على حسب ما لكل شريك في رأس المال من حصة، ولأن ما تدل عليه الأسماء المشتقة اصطلاحًا يجب أن يتحقق فيه أصل معانيها الموضوعة لها؛ ومعنى الشركة الاختلاط، وهو لا يحصل إلا بالخلط؛ وهذا مذهب الشافعي والظاهرية والزيدية والجعفرية أيضًا[1].

ويجاب عن الأول بأن قولهم إنه يتلف من مال أحدهما دون صاحبه، أو يزيد له دون صاحبه، ممنوع، بل يكون التلف من مالهما وزيادته لهما، لأن عقد الشركة اقتضى ثبوت الملك لكل واحد منهما في نصف مال صاحبه، فيكون تلفه منهما وزيادته لهما، وما ذكروه من أن ما تدل عليه الأسماء المشتقة يجب أن يتحقق أصل معانيها في معناها الاصطلاحي غير مسلم، خاصة إذا قصد أن يكون الأمر كذلك باطراد، لأن الواقع يخالفه.

رأس مال الشركة: أجمع الأئمة على جواز أن يجعل المال دراهم أو دنانير إذا كانت غير مغشوشة، لأنهما قيم الأموال وأثمان البياعات، والناس يشتركون فيها من عهد التشريع الأول في كل زمان ومكان؛ وإنما يختلفون في شروط صحة جعلها رأس مال الشركة.

ذهب المالكية[2] إلى أن الشركة تجوز بنقدين ذهبين أو ورقين، أو كانت ذهبًا وفضة منهما معًا، فتصح بشروط ثلاثة:

---

(1) نهاية المحتاج للرملي، جـ 5 - 6، والمحلى لابن حزم، جـ 8 - 122.

(2) الشرح الكبير، وحاشية الدسوقي، جـ 3، ص 349، والخرشي، جـ 5 ص 47 وما بعدها.

الشرط الأول: اتحاد الجنس؛ ذهبين أو ورقين، أو بذهب وفضة من جانب، ومال الآخر كذلك؛ فلا تصح بذهب فقط من جانب، وورق فقط من الآخر، لاجتماع الشركة والصرف، ولو عجل كل منهما ما أخرجه لصاحبه؛ واجتماع الشركة والصرف ممنوع لتنافي أحكامهما، فإن عملا فلكل رأس ماله الذي أخرجه.

الشرط الثاني: اتفاق النقدين وقت العقد؛ صرفًا، ووزنًا، وجودة أو رداءة؛ وإنما اشترط في شركة النقد الاتفاق في هذه الأمور الثلاثة، لأنها مركبة من البيع والوكالة.

فإن اختلف النقدان صرفًا مع اتحادهما وزنًا واتفاقهما جودة أو رداءة، فإن دخلا على إلغاء ما زاد بسبب التفاوت في الصرف، أدى إلى الدخول على شرط التفاوت في الشركة، والشركة تفسد بشرط التفاوت؛ وإن دخلا على حسبان الزيادة، ترتب عليه صرف النقد لغير الوزن، فيؤدي إلى إلغاء الوزن في بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة، وهو ممتنع، لأن معيار بيع النقد بجنسه هو الوزن.

- وإن اختلف النقدان وزنا أدى إلى بيع الذهب بالذهب متفاضلا، أو الفضة بالفضة كذلك.

- وإن اختلفا جودة ورداءة، أدى للدخول على التفاوت في الشركة إن عملا بالوزن لا القيمة، لأن الجيد أكثر قيمة من الرديء، فقد دخلا على ترك ما فضلته قيمة الجيد على الرديء، والشركة تفسد بشرط التفاوت؛ وإن دخلا على القيمة، أي دخلا على أن كل واحد يأخذ من الربح ويعمل على قدر قيمة النقد الذي شارك به جيدا أو رديئا، فقد صرف النقد للقيمة، وذلك يؤدي إلى النظر في بيع الذهب بالذهب أو الفضة بالفضة للقيمة، وإلغاء الوزن، وذلك غير جائز، لأن المعيار الشرعي لبيع النقد بجنسه هو الوزن.

ومن الواضح أن اشتراط المالكية في الاشتراك بالنقدين التساوي بينهما في الصرف والوزن، وفي الجودة أو الرداءة، مرده أن الشركة عندهم تتضمن البيع والتوكيل.

والأئمة - عدا المالكية - متفقون على جواز الشركة بالنقود شأنهم شأن المالكية، لأنها الأثمان في كل زمان ومكان، ولكنهم لا يشترطون ما شرطه المالكية من الاتفاق بين النقدين صرفا، ووزنًا، وجودة أو رداءة، إذ لم يوضع عقد الشركة لنقل ملكية مال من شخص إلى آخر حتى يعتبر بيعًا، فاحتاج إلى اشتراط ما ذكروه من التساوي في تلك

الأمور؛ بل الشركة عبارة عن إذن كل شريك شريكه بأن يتصرف في المال له ولنفسه، فأثر عقد الشركة عند غير المالكية هو ثبوت الوكالة في المالين لا بيعها، ولهذا لا يشترط عند هؤلاء تساوي النقدين في القدر؛ ولعل هذا هو المعقول.

ولكن من شرط لصحة الشركة خلط المالين خلطًا لا يتميز به مال شريك من مال الآخر - وهم الشافعية والظاهرية[1] كما تقدم - يشترطون في الشركة بالنقود اتحاد النقدين في الجنس، ضرورة أنه لا يتأتى الخلط الذي لا يبقى معه تمييز بينهما إلا باتحاد جنسهما، فلا تصح الشركة عندهم بالدراهم من جانب، والدنانير من جانب، ولا بالصحاح من أحدهما والمنكسرة من الآخر، لتعذر الخلط الذي لا يبقى معه تمييز.

* هل تصح الشركة بالمغشوش من النقود والفلوس[2].

قيل: لا تصح الشركة بالمغشوش من الأثمان، سواء قل الغش أو كثر، وهذا أحد الوجهين عند الشافعية والحنابلة، لأن قيمتها تزيد وتنقص فأشبهت العروض، إلا أن يكون الغش قليلا جدًا لمصلحة النقد كيسير الفضة في الدنانير فلا اعتبار به، لأنه لا يمكن التحرز منه ولا يؤثر في ربا ولا غيره.

وقيل إن كان الغش أقل من النصف جاز، وإن كثر لم يجز لأن الاعتبار بالغالب في كثير من الأصول وهذا قول أبي حنيفة ، وقد لا يسلم له أن الاعتبار بالغالب دائمًا، ألا ترى أن الفضة والذهب إذا كانتا أقل لم يسقط حكمهما في الزكاة.

والراجح أن الشركة تصح بالمغشوش بناء على صحتها في العروض، ويجعل رأس المال قيمتها وقت العقد. وجواز الشركة في العروض هو قول مالك ورواية عن أحمد.

وأما الفلوس فقيل لا تصح الشركة بها، لأن الفلوس تنفق مرة وتكدس أخرى فاشبهت العروض.

وقيل: تجوز الشركة بها إن كانت نافقة، لأنها في هذه الحالة ثمن فأشبهت الدراهم والدنانير.

---

(1) نهاية المحتاج لشمس الدين الرملي، جـ 5، ص 6 - 7، والمحلي جـ 8، ص 122

(2) انظر المغني، جـ 5، ص 125، والشرح الكبير، جـ 5، ص 103 .

وقيل: تجوز الشركة بها على كل حال، ولو لم تكن نافقة بناء على جواز الشركة في العروض، ثم إن كانت نافقة كان رأس المال مثلها، وإن كانت كاسدة كان رأس المال قيمتها يوم العقد كالعروض.

* هل يصح أن يكون رأس مال الشركة عروضًا؟

اختلف الأئمة في ذلك على مذاهب:

فذهب مالك[1] رضي الله عنه إلى جواز الشركة بالعرض، سواء كان عقدها على نقود من جانب وعرض من جانب آخر، أو على عروض من الجانبين، وسواء اتفقت العروض في الجنس أم اختلفت.

فإن كانت الشركة بعين - ذهب أو فضة - من جانب، وعرض من جانب، صحت مطلقًا، كأن يدفع أحدهما نقدًا من ذهب أو فضة، ويدفع الآخر سلعة من قماش أو قطن أو حديد، ولو طعامًا كقمح وشعير، وهذا وإن لزم عليه بيع الطعام قبل قبضه، إلا أنه غلب جانب العين، فلا يمتنع.

وتعتبر الشركة بينهما بالدنانير وقيمة العرض يوم العقد؛ فإذا كانت قيمته قدر الدنانير التي أخرجها الجانب الآخر، فالشركة بالنصف، وإن كانت قيمة العرض قدر الدنانير مرتين، فالشركة بالثلث والثلثين، وهكذا.

وإن كانت المشاركة بعرضين من الجانبين صحت أيضًا، سواء اتفقا في جنس كقطن وحديد من كل جانب، أو اختلفا كقطن وثياب أو طعام؛ ويُقَوَّم ما أخرجه كل منهما، وتعتبر الشركة بقيمة العرضين يوم العقد؛ فإذا كانت قيمة كلٍّ عشرة، فالشركة بالنصف، وإذا كانت قيمة أحدهما عشرة والآخر عشرين، فالشركة بالثلث والثلثين، وهكذا.

غير أنه يمتنع أن يكون رأس المال في الشركة طعامين، كأن أخرج هذا طعامًا وهذا طعامًا، وإن اتفقا قدرًا وصفة، لما يترتب عليه من بيع الطعام قبل قبضه، لأن كل واحد منهما باع نصف طعامه بنصف طعام صاحبه، ولم يحصل قبض، لبقاء يدكل منهما على ما باع؛ فإذا باعا لأجنبي كان كل منهما بائعًا لطعام المعاوضة قبل قبضه من بائعه، وبيع الطعام قبل قبضه منهي عنه.

---

(1) الشرح الكبير، حاشية الدسوقي، جـ 3، ص 349 - 351 .

وذهب الشافعي إلى أن الشركة لا تصح بالعروض إلا إذا كانت من ذوات الأمثال؛ فإن كان العرض مثليا صح أن يكون رأس مال الشركة، فتصح في القمح والشعير ونحوهما، لأن المثلي إذا اختلط بجنسه انعدم التمييز، فأشبه النقدين، بخلاف المتقوم فلا تجوز الشركة فيه، لعدم تصور الخلط المنافي للتمييز؛ فلو تلف أحد المتقومين أو بعضه عُرِفَ، فامتنعت الشركة لذلك، فلو صححنا الشركة في المتقوم لأخذ أحد الشريكين من مال الآخر بلا حق.

وذهب الحنفية والحنابلة[1] على الراجح عندهم، وكذا الظاهرية، إلى أن الشركة لا تصح بالعروض، وذلك بأن يقدم كل شريك أو أحدهما نوعًا من العروض على أن تكون حصته في رأس المال، سواء اتحد مع ما يقدمه الآخر جنسًا أم اختلف، وبنوا المنع في ذلك على وجوه:

أحدها: أن رأس مال الشركة إذا كان عرضًا أدى ذلك إلى استحقاق الإنسان ربح ما لم يضمن؛ بيان ذلك أنه إذا صحت الشركة بالعروض، فإن أول تصرف فيها من الشركاء للتجارة إنما يكون ببيعها؛ وإذا باعها أحدهم باعتباره شريكًا ووكيلا عن صاحبه أو أصحابه بمقتضى عقد الشركة، فإنه يكون في هذا البيع على هذا الوضع أمينًا على ملك غيره، لأن الوكيل في البيع يعد أمينًا فيما يبيعه بطريق الوكالة؛ وعليه إذا جاء من هذا البيع ربح فإنه يكون مشتركًا بين الشركاء ،ويكون ما يخص الشريك الذي لا ملك له في المبيع من الربح ربحا لما لم يكن في ضمانه قبل بيعه.

أما في حالة الشراء بنقود مملوكة للمشتري الشريك، فإن الشركاء جميعًا يعدون ضامنين لثمن ما اشتري كل بحسب حصته فيه في ذمته؛ فإذا كان له من هذا التصرف ربح فهو ربح ما ضمنه.

ويلاحظ أن التصرف في شركة تعقد على العروض يكون بالبيع ابتداء، أما التصرف في شركة تعقد على النقود يكون بالشراء بها ابتداء ، ولهذا جازت على النقود ولم تجز على العروض، وفي هذا الكلام نظر.

---

(1) المغني، والشرح الكبير، جـ 5، ص 24 - 25، والمبسوط والهداية من كتب الحنفية.

وهذا الذي ذكروه مبني على أن العرض الذي جعل رأس مال الشركة لم يدخل في ضمان الشركاء جميعًا قبل بيعه، فيكون أخذ ربحه بعد بيعه أخذًا لربح ما لم يكن في ضمانه، وهذا غير مسلم، فإن الذين أجازوا أن يكون رأس المال عرضًا، يرون أن عقد الشركة على المال نقدًا كان أو عرضًا، يترتب عليه بمجرد صدوره اشتراك الشركاء في رأس المال، فيدخل في ضمان الشركاء من حين العقد؛ فإذا باع ما شارك به صاحبه من العرض وأخذ ربحه، فلا يقال إنه أخذ ربح ما لم يكن في ضمانه.

وقالوا ثانيا: إذا كان رأس المال عرضًا، فإما أن تَقَعَ الشركة على أعيان العروض أو قيمتها أو أثمانها.

ولا يجوز وقوعها على أعيانها، لأن الشركة تقتضي الرجوع عند المفاصلة برأس المال أو بمثله، وهذه لا مثل لها فيرجع عليه؛ وقد تزيد قيمة جنس أحدهما دون الآخر، فيستوعب بذلك جميع الربح أو جميع المال، وقد تنقص قيمتها، فيؤدي إلى أن يشاركه صاحبه في ثمن ملكه الذي ليس بربح.

ولا يجوز وقوعها على قيمتها، لأن القيمة غير متحققة القدر، فيفضي إلى التنازع، وقد يُقوَّم الشيء بأكثر من قيمته، ولأن القيمة قد تزيد في أحدهما قبل بيعه، وذلك بارتفاع سعره بعد عقد الشركة، وقبل التصرف؛ فإن كان هذا الربح مشتركًا بين الشركاء بمقتضى عقد الشركة، فإن غير المالك يستحق منه حصة؛ وكيف يستحقها وليست إلا زيادة فيما لا ملك له فيه ولا ضمان؟

وكذلك الأمر إذا ظهرت الخسارة بتراجع الأسعار بعد العقد وقبل بيعها، فإنها تكون على الشركاء جميعًا بمقتضى عقد الشركة؛ وكيف يلزم غير المالك بجزء منها من غير اشتراك ولا ضمان في الأصل؟

وقد يجاب عن هذا، بأنا نختار وقوع الشركة على قيمة العروض يوم العقد، ويرجع كل واحد من الشركاء عند المفاصلة بتلك القيمة؛ وقولهم: إذا زادت قيمة العرض بعد عقد الشركة وقبل بيعه، فإن من لم يكن صاحب العرض الذي ظهر فيه الربح يستحق ربح ما لا ملك له فيه ولا ضمان؛ هذا الكلام غير صحيح، فإن رأس المال يدخل في ضمان الشركاء من حين العقد، فما يحصل بعد ذلك من ربح أو خسر، فهما يشتركان فيه، فلم يأخذ الشريك ربح ما لم يضمن.

وقالوا ثالثًا: لو صحت الشركة على العروض، لأدى ذلك إلى جهالة ربح كل شريك جهالة من شأنها أن تؤدي إلى نزاع، إذ أن معرفة مقدار الربح حينئذ متوقف على معرفة القيمة عند العقد وبعده، ولا تعرف حينئذ إلا بالحزر والظن، وذلك مما يختلف باختلاف التقويم؛ وقد يكون التقويم محل نزاع، فيؤدي إلى نزاع في الربح ومقداره، وذلك مفسد للشركة.

هذه هي حجج من ذهب إلى أن عقد الشركة على العروض غير جائز، وقد علمت ما فيها؛ ولكنهم لم يعدموا وسيلة إلى تجويز إنشاء الشركة على العروض، فقالوا: إن الوسيلة إلى ذلك عند إرادتها أن يبيع كل واحد من الشركاء جزءًا شائعًا من عروضه للآخرين، بجزء شائع من عروضهم بطريق المقايضة؛ فإذا كانت الشركة بين شريكين على التساوي باع كل واحد منهما نصف عروضه بنصف ما لصاحبه من العروض، لتصير عروض كل منهما شركة ملك على التساوي، ثم يعقدان بينهما شركة عقد على الاتجار بهذه العروض المشتركة، وبذلك تنشأ بينهما شركة عقد.

وإذا كان مال أحدهما عروضًا ومال الآخر نقدًا، وأرادا عقد شركة بينهما، باع صاحب العروض نصف عروضه بنصف نقود الآخر، ويقبض ثمن ذلك ليتعين في يده، ثم يعقدان على ذلك شركة العقد؛ وإنما اشترط قبض الثمن لأنه قبل قبضه دين في الذمة، ولا تصح الشركة بالدين.

هذا ولا يجوز أن يكون رأس المال مجهولا، ولا جزافا، ولا دينًا، ولا مالا غائبا، وذلك لأن المقصود من الشركة الوصول إلى الربح، وذلك بالتصرف في المال في الحال، وهو غير ممكن في الدين ولا في المال الغائب، وذلك لعدم الأمن من الأداء لهذا الدين، ومن حضور المال الغائب عند الحاجة إليه؛ على أنه إذا أدي الدين وحضر المال الغائب صحت الشركة، وإن كان العقد قد حدث قبل ذلك ليتحقق المقصود منها.

العمل في الشركة: العمل في رأس مال الشركة على جميع الشركاء، إذ عُرِّفت الشركة بأنها إذن كل شريك غيره بأن يتصرف في المال له ولنفسه؛ فلا يجوز أن يشترط فيها منع بعض الشركاء من العمل في المال، إذ الشركة تتضمن توكيل كل شريك صاحبه في أن يعمل في رأس المال، وذلك ما يمنع وجودها إذا فقد هذا الشرط، بأن يشترط منع أحدهم من العمل فيه، إذ لا يكون عند ذلك وكيلا عن الشركاء؛ فلو

شرط فيها خلوص اليد لأحدهما لم تنعقد الشركة، لانتفاء أحد شروطها وهو العمل منهما؛ وهذا القدر متفق عليه بين الفقهاء، ثم اختلفوا في القدر الواجب من العمل، فأكثر الفقهاء لم يروا للعمل حدًا، بل تركوه لاتفاق المتعاقدين وشروطهما.

وقال مالك[1]: يجب أن يكون العمل بينهما في مال الشركة بقدر المالين، مناصفة أو غيرها؛ وصحت الشركة إن دخلا على ذلك، وإن سكتا عند الدخول قضي بذلك؛ وإن دخلا بشرط التفاوت في العمل فسدت الشركة، وفسخ العقد إن اطلع عليه قبل العمل؛ فإن اطلع عليه بعده فض الربح على قدر المالين، ورجع كل منهما على صاحبه بما يثبت له عنده من عمل؛ فإذا كان لأحدهما ثلث المال كعشرة وللآخر الثلثان كعشرين، ودخلا على المناصفة في العمل، فصاحب الثلثين يرجع على صاحب الثلث بسدس الربح، ويرجع صاحب الثلث على صاحب الثلثين بسدس أجرة عمله؛ وإن شرطا التساوي في العمل فقط، رجع صاحب الثلث بسدس أجر عمله، ولا رجوع لصاحب الثلثين بشيء، وهكذا.

والممنوع أن يكون التفاوت شرطا في العقد، أما إذا تبرع أحدهما لصاحبه بشيء من العمل بعد العقد على الصحة، فذلك جائز لا شيء فيه، لأنه تبرع.

استحقاق الربح[2]: لا خلاف بين الفقهاء أنه لا بد أن يشترط لكل واحد من الشركاء جزء من الربح مشاع معلوم كالنصف والثلث والربع، ولكن الخلاف في مقدار ما يستحقه كل شريك من الربح.

فقيل: إنما يعرف مقدار ما يستحقه كل شريك بالشرط، لقوله ﷺ: «الْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ إِلَّا شَرْطًا أَحَلَّ حَرَامًا أَوْ حَرَّمَ حَلَالًا»، رواه الترمذي؛ فيكون الربح على ما شرطاه في توزيعه، سواء شرطا لكل واحد منهما ربحًا على قدر ماله أو أقل أو أكثر؛ فيجوز أن يجعلا الربح على قدر المالين، كما يجوز أن يتساويا في الربح مع تفاضلهما في المال، وأن يتفاضلا فيه مع تساويهما في المال؛ وذلك أن الربح كما يستحق في الشركة برأس المال، يستحق بالعمل، بدليل عقد المضاربة؛ والأعمال تتفاوت قيمة

---

(1) الشرح الكبير، جـ 3، ص 352 - 354.

(2) انظر الشرح الكبير وحاشيته الدسوقي، جـ 3، ص 354 وما بعدها، والمغني والشرح الكبير، جـ 5، ص 114 وما بعدها، وانظر الأستاذ علي الخفيف، الشركات في الفقه الإسلامي، ص 28.

باختلاف العاملين قدرة وحذقًا ومهارة ودراية، فقد يكون العمل القليل من شخص أرفع قيمة من كثير من جنس نفس العمل، إذا صدر من شخص آخر، فجاز أن يجعل للعمل حظ من الربح، فلا ينبغي النظر إلى مقدار رأس المال وحده؛ وهذا مذهب الحنفية والحنابلة والزيدية.

القول الثاني: إن الربح يجب أن يكون تابعًا لرأس المال، فلا بد أن يكون على قدر المالين؛ فهو بين الشركاء بالتساوي إن تساوت رؤوس أموالهم، وبالتفاضل على حسب نسبة كل في رأس المال إن تفاوتت رؤوس أموالهم؛ ولا يصح أن يشترط لأحد الشركاء في الربح زيادة على ما يخص مقدار رأس ماله؛ فإن دخلا بشرط التفاوت في الربح مع تساوي المالين، أو بشرط التساوي فيه مع تفاضلهما في المال، فسدت الشركة، لأن من شروط صحتها كون الربح على قدر المالين، وذلك لأن الربح لا يستحق عند أصحاب هذا القول إلا بالمال، لأنه نماء له، ونماء المال لصاحبه؛ فلو أعطي أحدهم منه زيادة، لكانت زيادة مملوكة لغيره، فلا يجوز؛ ألا يرى أن زوائد الحيوان من ألبان وصوف وولد تكون بين الشركاء فيه على مقدار ما لكل منهم فيه من نسبة، وهذا هو وضع الشركة ومقتضاها، بخلاف القراض، فإن له وضعا آخر غير وضع الشركة؛ إذ الاشتراك فيه إنما يكون في الربح بناء على عمل ومال، وليس لأحدهما إلا مال، وليس للآخر إلا عمل، ولا تتحد حصة كل إلا بالشرط، فكان أساس ذلك هو الاشتراط، بخلاف شركة الأموال، فإنها ابتداء شركة بالأموال استعقبت الشركة في الأرباح فكانت تابعة لها، وهذا قول مالك والشافعي رضي الله عنهما.

وأما الوضيعة أي الخسارة، فهي دائمًا على قدر المال باتفاق الأئمة؛ فإن كان المال متساويًا في القدر فالخسران بينهما نصفين، وإن كان أثلاثًا فالوضيعة أثلاثا؛ واشتراط خلاف هذا شرط فاسد، قيل يفسد به العقد، فإن اطلع عليه قبل العمل فسخ، وإن اطلع عليه بعده فض على قدر المالين؛ وقيل يبطل شرط التفاوت في الخسارة مع تساوي المالين فيلغى ولا نفاذ له، ولا تبطل به الشركة.

أقسام شركة الأموال: تنقسم شركة الأموال إلى قسمين[1]: شركة عِنان، وشركة مفاوضة.

* أما شركة العِنان: فهي ما شرط فيها كل واحد من الشركاء على الآخر نفي الاستقلال بالبيع والشراء والأخذ والإعطاء والكراء والاكتراء وغير ذلك مما يحتاج إليه

(1) الشرح الكبير، جـ 3 ص 351 - 352، والخرشي، جـ 5 ص 47 و ما بعدها.

في التجارة، فلو استبد أحدهما بالتصرف لم ينفذ تصرفه، بل يتوقف على الإذن من الآخر، فإن تصرف دون إذن وضاع المال لزمه الضمان.

فإن اشترط فيها نفي الاستقلال من أحدهما فقط دون الآخر، فهل هي صحيحة وتكون مطلقة من جهة، أي تكون شركة مفاوضة فيمن أطلق له، وعِنانًا فيمن قيد عليه، أو تكون فاسدة، لأن الشركة يقتصر فيها على ما ورد فيها، ولأن هذه فيها تفاوت في العمل، وهو مفسد للعقد إذا كان رأس المال متساويًا؟ استظهر الاحتمال الثاني؛ فلا يصح اشتراط إطلاق تصرف أحدهما، فيبيع ويشتري ويكري ويكتري دون حاجة إلى إذن شريكه، بينما شريكه لا يحق له التصرف إلا بإذنه؛ فإن دخلا على ذلك فسد العقد.

واختلف في سبب تسمية هذه الشركة بالعنان، فقيل مأخوذ من عِنَانِ الدابة - بكسر العين - وهو ما تنقاد به، كأن كل واحد من الشريكين أخذ بعِنان صاحبه لا يطلقه يتصرف حيث شاء.

وقيل: سميت بذلك، لأنهما يتساويان في التصرف، كالفارسين إذا سويا بين فرسيهما وتساويا في السير، فإن عنانيهما في هذه الحالة يكونان سواء.

وقيل: هي مشتقة من عَنَّ الشيء إذا عرض، يقال عنت إليَّ حاجبها إذا عرضت؛ فسميت الشركة بذلك، لأن كل واحد منهما عَنَّ له أن يشارك صاحبه؛ وهذه المعاني كلها مناسبة للمعنى الاصطلاحي، والأول أقربها.

* وأما شركة المفاوضة: فهي ما جعل فيها كل واحد منهما للآخر التصرف في غيبته وحضوره بالبيع والشراء، والكراء والاكتراء والأخذ والعطاء، وغير ذلك من الأعمال التي تقتضيها التجارة، دون توقف على إذن صاحبه؛ ثم إن كان إطلاق التصرف في جميع الأنواع ولم يقيد بنوع، سميت مفاوضة عامة، وإن كان الإطلاق في نوع خاص فمفاوضة خاصة، وهي جائزة.

ما يجوز لأحد المتفاوضين[1]:

للشريكين أو الشركاء فعل كل ما هو من مصلحة التجارة؛ وعلى هذا فيجوز لكل واحد منهم أن يبيع ويشتري مساومة ومرابحة وتولية لسلعة اشتراها هو أو شريكه، إن

(1) الشرح الكبير، جـ 3، ص 352، والمغني، جـ 5، ص 129، والشرح الكبير، جـ 5، ص 120.

جرت للتجارة نفعًا، وإلا امتنع؛ وله أن يخاصم ويطالب به، ويحيل ويحتال بغير إذن شريكه.

وله أن يتبرع بشيء من مال الشركة بغير إذن شريكه، كضيافة ونحوها، وكذا حطيطة لبعض الثمن بالمعروف، بشرط أن يفعل ذلك استئلافًا للشركة ليرغب الناس في الشراء منه.

وله أن يتبرع بشيء خفيف من مال الشركة، ولو كان ذلك بغير استئلاف، كإعارة آلة، كماعون ودلو وسلم ونحو ذلك، وكدفع كسرة لفقير أو شربة ماء لعاطش.

وله أن يدفع مالا لمن يشتري به بضاعة من بلد كذا، كان ذلك بأجرة أم لا.

وله أن يدفع من مال الشركة قراضًا لشخص يعمل فيه بجزء من ربحه معلومًا، وهذا والذي قبله، إنما يجوز إذا كان المال واسعا يحتاج فيه إلى الإبضاع أو المقارضة، وإلا منع.

وهل له إيداع مال الشركة؟ قيل: لا يجوز، لأنه ليس من أعمال الشركة، وفيه غرر ومخاطرة، والصحيح أن الإيداع يجوز عند الحاجة إليه، لأنه قد تدعو الضرورة إليه، فأشبه دفع المتاع إلى الحمّال، فإن أودع بغير عذر وتلف المال لزمه الضمان.

وله أن يشارك ببعض مال الشركة شخصا أجنبيا لا تجول يده في جميع مال الشركة، بل تجول فقط في القدر المعين الذي شارك فيه.

وهل له أن يقيل من سلعة باعها هو أو شريكه من مال المفاوضة؟ الأصح أن له ذلك، لأن الإقالة إن كانت بيعا فقد أذن له فيها، وإن كانت فسخًا ففسخ البيع المضر من مصلحة التجارة، فيملكه كالرد بالعيب؛ وقيل: لا يملك الإقالة إلا بإذن شريكه، لأنها فسخ، فلا تدخل في الإذن في التجارة، وهذا ليس بشيء، لأن مصلحة التجارة قد تدعو إلى فسخ البيع المضر.

وله أن يقبل سلعة ردت عليه أو على شريكه بعيب، دون حاجة إلى إذن شريكه، لأن كلًا وكيلٌ عن صاحبه، كما أن له أن يرد بالعيب فيما وليه أو وليه صاحبه.

وله أن يقر في مال الشركة لمن لا يتهم عليه، ويلزم ذلك شريكه، فإن أقر لمن يتهم عليه كأبويه وزوجته وصديقه الملاطف لم يلزم شريكه، وقس نظائره عليه.

وهل له أن يبيع بالدين بغير إذن شريكه، بأن يبيع بثمن معلوم إلى أجل معلوم؟ فقيل: له ذلك، لأنه عادة التجار، والربح فيه أكثر غالبًا؛ وقيل: ليس له ذلك إلا بإذن شريكه، لأن فيه تغريرا بالمال، والأول أصح.

وهل للشريك الشراء بالدين بغير إذن شريكه؟ قيل: لا يصح لأحدهما الشراء بالدين، لأنه إذا اشترى سلعة بدين في ذمة الشركة من غير إذن شريكه لم يكن لصاحبه شيء من ربحها، ولا عليه شيء من خسارتها، لأنها من شركة الذمم، وهي لا تجوز - كما سيأتي - لئلا يأكل شريكه ربح ما لم يضمن، أو يغرم ما ليس عليه، لأن ضمان الدين من المشتري وحده؛ فإن أذن له في شراء سلعة معينة جاز، لأنه صار بالإذن له وكيلا عنه فيما يخصه، فكانا بمنزلة رجلين اشتريا سلعة بدين بينهما، فإنه جائز قطعا؛ ثم إذا اشترى السلعة المعينة بإذن صاحبه بالدين واشترط البائع ضمان كل عن صاحبه، جاز له أخذ الثمن من أيهما شاء، وإن لم يشترط البائع ذلك لم يلزم كل واحد منهما إلا ما يخصه؛ وقيد بعضهم المنع بما إذا طال الأجل؛ فإن كان الشراء بالدين لأجل قصير كاليومين والثلاثة، جاز، لأنه من ضرورات البيع والشراء؛ هذا هو المشهور في مذهب مالك؛ وعلة المنع ما تقدم من أنه يؤدي إلى أكل شريكه ربح ما لم يضمن، أو يغرم ما ليس عليه.

وذهب بعض المالكية إلى جواز شراء أحد الشريكين بالدين؛ بل زعموا بأن الجواز هو المذهب، إذ لا بد للناس من ذلك، فلا فرق بين البيع بالدين، وهو جائز باتفاق، والشراء بالدين؛ والقول بأن الشراء بالدين للشركة من شركة الذمم غير صحيح، لأن شركة الذمم المنهي عنها إذا لم يكن بين الشريكين رأس مال، وهنا الأمر ليس كذلك، لأن الشريك الذي اشترى بالدين عنده من مال الشركة ما يمكنه أداء الثمن منه[1]، ولعل هذا القول أسد من الأول.

---

(1) الذين أجازوا شراء أحد الشريكين للشركة بالدين، اشترطوا أن يكون عنده من مال الشركة ما يمكنه أداء ثمن السلعة التي اشتراها بالدين؛ فلا مانع من الشراء بالدين حينئذ، إذ يمكن وفاء الثمن مما تحت يده من مال الشركة؛ أما إذا لم يكن في يده مال من مال الشركة، فليس له أن يشتري بالدين لأجل الشركة، لأن الشراء بالنسيئة حينئذ يُعدُّ استدانة على الشركاء، وليس له ذلك، لأنه يترتب عليها زيادة رأس مال الشركة بغير إذن أصحابه، والشركة إنما عقدت على رأس المال المعلوم القدر، ولم يرض الشركاء بزيادته، فلا يجوز ذلك الشراء بالنسيئة؛ فإذا اشترى والحالة هذه بالدين كان الشراء له خاصة والضمان عليه، ولا يلزم ذلك الشركاء.

وهل لأحد الشريكين أن يرهن أو يرتهن بالدين الذي لهما؟ الأصح أن له ذلك عند الحاجة، لأن الرهن يراد للإيفاء، والارتهان يراد للاستيفاء، والشريك يملك الإيفاء والاستيفاء، فملك ما يراد لهما؛ وقيل: ليس له ذلك، لأن فيه خطرًا.

وهل لأحد الشريكين أن يشارك أجنبيا مفاوضة[1]؟ لا يجوز لأحد المتفاوضين أن يشارك شخصًا أجنبيا مفاوضة، بأن فوض له التصرف في الشركة، سواء أشركه في كلها أو في شيء معين منها؛ لا يجوز ذلك إلا بإذن شريكه، لأن ذلك تمليك منه للتصرف في مال الشريك الآخر بغير إذنه، إذ المراد من المفاوضة هنا أن يشارك من تجول يده معه في مال الشركة، بخلاف ما تقدم من دفع بعض مال الشركة لأجنبي، ويشاركه فيه مفاوضة بحيث يعمل فيه، ولكن لا تجول يده في المال الأصلي.

وله أن يوكل غيره في عمل من أعمال الشركة استحسانًا، إذ أن ذلك من عادة التجار، فالتاجر قد لا يتمكن من مباشرة جميع تصرفات التجارة، وله أن يعزل من وكله صاحبه، لأنه في الواقع يعد وكيلا له أيضًا، وللموكل عزل الوكيل.

وللشركين عند السفر للتجارة أن ينفقا[2] على أنفسهما وعلى عيالهما من مال الشركة بالمعروف، لأن ذلك يعتبر مأذونًا فيه عرفًا، وتشمل النفقة الطعام والكسوة.

وعند نضوض المال أو المفاصلة تلغى هذه النفقة فلا تحسب، وإن كان الشريكان ببلدين مختلفي السعر ولو اختلافا بينا، بشرط أن يَتَسَاوَيَا أو يتقاربا في النفقة، وأن يتساويا في المال، بأن كانت الشركة على النصف؛ فإن لم يتساويا فكل واحد على قدر ماله؛ ونفقة العيال تلغى إن تقاربا عيالا ونفقة كذلك، فإن لم يتقاربا حسب ما أنفقه كل واحد، ثم رجع ذو القليل في الإنفاق على ذي الكثير بما يخصّه، هذا إذا أنفق كل منهما؛ أما إذا انفرد أحدهما بالنفقة على نفسه أو عياله، فإنه يحسب عليه عند النضوض أو المفاصلة.

لمن القول عند التنازع بين الشركاء[3] :إذا ادعى أحد الشريكين فيما بيده من بعض مال الشركة تلفا أو خسرا، وكذبه الآخر، وادعى عليه أنه أخفاه، ولم يحصل تلف ولا

---

(1) انظر الشرح الكبير، جـ 3، ص 352 .

(2) المصدر السابق، جـ 3 ص 353 .

(3) الشرح الكبير للدردير، جـ 3 ص 354 - 355 .

خسر، فالقول لمدعي التلف والخسر، لأنه أمين، ويحلف من اتهمه صاحبه، وهذا ما لم يظهر كذبه، وإلا لزمه الغرم؛ وذلك كما لو قامت بينة بكذبه، أو دلت القرائن، كدعواه التلف وهو في رفقة لا يخفى عليهم ذلك، ولم يعلم به أحد منهم، وكدعواه الخسارة في سلعة لم يعلم ذلك فيها لشهرة سعرها.

وإذا اشترى أحد الشريكين من طعام أو شراب أو كسوة، وادعى أنه اشتراه لنفسه أو عياله، وادعى الآخر أنه اشتراه للشركة، فالقول لمن ادعى أنه اشتراه لنفسه، إذا كان لائقًا به؛ هذا إذا كان ما ادعاه لنفسه طعامًا أو لباسًا، فإن كان الطعام واللباس غير لائق أو كان ما ادعاه لنفسه عروضًا أو عقارا أو حيوانًا، فالقول لمن ادعى أنه للشركة.

وإذا ادعى أحدهما النصف، وادعى الآخر أكثر، فالقول قول مدعي النصف، فيقسم المال بينهما مناصفة بعد حلفهما أو نكولهما، ويقضى للحالف على الناكل؛ هذا قول أشهب.

وقال ابن القاسم: إذا ادعى أحدهما أن له الثلثين والآخر ادعى أن له النصف، دفع لكل ما سلم له، وقسم السدس المتنازع فيه بينهما؛ وحينئذ فيأخذ مدعي النصف الثلث ونصف السدس، ويأخذ مدعي الثلثين النصف ونصف سدس.

وإذا ادعى أحدهما شيئًا رآه بيد شريكه أنه للشركة، وأنه من جملة سلع التجارة، وادعاه الآخر لنفسه، فالقول قول من ادعى أنه للشركة إن شهدت البينة أنهما يتصرفان تصرف المتفاوضين، وأولى إذا شهدت البينة بوقوع الشركة بينهما على المفاوضة، وهذا ما لم تشهد بينة لمن ادعاه لنفسه أنه ورثه أو وهب له، فإنه يختص به، ولا يكون للشركة، لأن الأصل عدم خروج الأملاك عن يد أربابها.

وإذا أخذ أحد الشريكين من مال الشركة مائة مثلا، وكان شريكه أشهد عليه بها عند أخذها شهادة مقصودة للتوثق خوفًا من دعواه ردها، ثم مات الآخذ ولم توجد عنده بعد موته، فادعى شريكه أنها باقية عند شريكه الميت، وقالت ورثته: إنه ردها قبل موته، فالأصل بقاؤها عند من أخذها، فالقول قول من أقام البينة، سواء طالت المدة أو قصرت، لأن القاعدة أن كل شيء أخذ بإشهاد للتوثق لا يبرأ منه آخذه إلا بالإشهاد.

وكذلك الأصل بقاؤها عند من أخذها إذا كان قد قبضها من غير بينة مقصودة للتوثق، لكن قصرت المدة من يوم أخذها إلى يوم موته؛ فإن طالت المدة بأن مضت سنة من يوم أخذها، كان القول قول الورثة في دعواهم الرد، لأن الغالب أن لا يبقى ما أخذ مدة طويلة؛ وهذا إذ كان يعرف أن الميت يتصرف في المال، وأما إذا علم أنه لم يصل للمال في تلك السنة لمرض أو حبس أو نحوهما، فلا تقبل دعوى الورثة أنه ردها.

ب - شركة الأبدان، ويقال لها شركة العمل:

وهي أن يشتركا فيما يكسبان بأبدانهما؛ فهي أن يشترك اثنان أو أكثر على أن يعملوا فيما يحذقونه من صناعات، فما كان لهم من أجور فهو بينهم على حسب شروطهم، وذلك كاشترك الحمالين والنخالين وسائر المحترفين؛ وهي صحيحة عند مالك وابن حنبل؛ وقال أبو حنيفة: تصح في الصناعة، ولا تصح في اكتساب المباح كالاحتشاش، لأن الشركة مقتضاها الوكالة، ولا تصح في هذه الأشياء، لأن من أخذها ملكها.

والحنفية يعرفونها بأنها توكيل كل شريك صانع صاحبه في أن يتقبل عنه ويعمل في قدر معلوم مما استؤجر عليه، مثل أن يقول واحد من النجارين لصاحبه: وكلتك في أن تقبل عني ثلث ما استؤجرت عليه من النجارة وتعمله عني، ويشترطون لصحتها ذكر الصنعة، وليس يشترط فيها عندهم اتحاد الصنعة بين الشركاء، بل تجوز مع اختلافها واتحادها؛ ذهب إلى ذلك مع الحنفية الزيدية.

وقد ذكر الزيدية أن من ذلك النوع أن يشترك إخوة مثلا في الأعمال التي تطلب إليهم، فيعمل بعضهم في المال يبيع ويشتري، وبعضهم يخدم البقر ويعلفها، وبعضهم يقوم بالإصلاح والرعاية، وهكذا بحيث لا تنظم الحال إلا بكفاية كل منهم في عمله، على أن يكون الأجر بين الجميع.

ويرى الحنفية جوازها عند الصنعة ولو عند اختلافها، وعدم جوازها في اكتساب ما كان مباحًا من الأموال كالاحتشاش والصيد والاحتطاب ونحوه، مما يكون في الجبال من أشجار، وما في الأرض من المعادن، لأن الشركة مقتضاها الوكالة، ولا تصح الوكالة عندهم في تملك المباح، لأنه يملك بالاستلاء.

وحكم هذه الشركة: عند الحنفية الاشتراك في الربح على حسب ما تم الاتفاق عليه في الأصح، لأنه في الواقع بدل عمل، والعمل يختلف في تقويمه باختلاف العاملين

قدرة وحذاقه ومهارة، فينبغي أن يكون الربح على ما شرطاه؛ ويترتب عليه مطالبة كل واحد بما تقبله الآخر من العمل؛ وبناء على ذلك يطالب كل منهما بالعمل، ويطالب كل منهما بالأجر، ويبرأ الدافع بالدفع إلى أيهما.

* وأما الزيدية فيرون أن الربح والخسارة يتبعان التقبل، لأنهما يتبعان الضمان، والضمان على قدر التقبل؛ فصاحب الثلث يضمن الثلث، وله من الربح الثلث، وهكذا.

* وأما مالك فإن شركة الأبدان جائزة عنده، ولكن بشروط:

الشرط الأول: أن يتحد العمل، كنجارين ونساجين وخياطين وحدادين؛ فلا يصح اشتراك حداد ونجار، ولا اشتراك صانع ونساج؛ نعم يصح اشتراك صانعين تتوقف صنعة أحدهما على صنعة الآخر، كأن يشترك الذي يغوص في البحر لاستخراج اللؤلؤ مع صاحب الزورق الذي يحمله ويمسك له، أو يصوغ أحدهما ويسبك الآخر، أو ينسج أحدها والآخر يحول ويدور وينير؛ وإنما شرط ذلك لأن مقتضى هذه الشركة أن ما يقبله كل واحد منهما من العمل يلزمهما، ويطالب به كل واحد منهما، فإن تقبل أحدهما شيئًا مع اختلاف صنائعهما لم يمكن الآخر أن يقوم به، فكيف يلزمه عمله؟ أم كيف يطالب بما لا قدرة له عليه.

الشرط الثاني: أن يتساويا في العمل، بأن يدخلا على أن كلا منهما يأخذ من الربح بقدر عمله إن اتحد العمل وبقدر قيمته إن لم يتحد العمل؛ فإذا كان عمل أحدهما الثلث وعمل الآخر الثلثين لم يجز، وإلا فض الربح على قدر العمل؛ والتقارب في العمل كالتساوي، بأن يزيد على صاحبه شيئًا قليلا، كما لو كان عمل أحدهما يقرب من الثلث، وعمل الآخر يزيد على الثلثين، على أن يأخذ الأول قدر الثلث، ويأخذ الثاني قدر الثلثين، جاز ذلك؛ فالتساوي في العمل حقيقة لا يشترط، لأن ذلك مما يتعذر؛ ويرجع في التقارب إلى أهل المعرفة.

الشرط الثالث: أن يحصل التعاون بينهما، ولو كانا بمحلين مختلفين، بحيث تجول يد كل منهما على ما بيد الآخر، كخياطين في حانوتين، وتكون أيديهما تجول بالعمل في الحانوتين.

الشرط الرابع: أن يشتركا في الآلة التي بها العمل، كآلة الخياطة والفأس والقبان والقادوم وآلة الحدادة أو البرادة، إما بملك أو بإجارة لها، أو كان أحدهما يملكها واستأجر شريكه منه نصفها؛ فإن كانت الآلة من أحدهما دون الآخر لم يجز.

ولزم كلا من شركاء العمل ما قبله صاحبه، فيلزمه العمل معه فيه، وضمان ما قبله بلا إذنه، لأنهما صارا كالرجل الواحد؛ فمتى ضاع شيء من أحدهما ضمناه معا، وإن تفاصلا، فما قبلاه أو أحدهما حال الاجتماع فهو في ضمانهما، إذا قبله في حضور صاحبه، أو غيبته القريبة كاليومين، أو حال مرضه القريب؛ فإن قبله في غيبته أو مرضه الطويلين، فإنه لا يلزم صاحبه ضمانه ولا العمل معه.

وإن مرض أحدهما أو غاب ألغي مرض نحو اليومين وغيبتهما، فما عمله الحاضر الصحيح شاركه في غلته الغائب أو المريض، ولزمه ما قبله فيهما، فيلزمه العمل معه فيه، وضمنه إن تلف، لا إن كثر زمن المرض أو الغيبة، بأن زاد على نحو اليومين، فلا يلغي عمله، بل يختص بأجرة عمله، بمعنى أنه يرجع بأجرة مثل عمله على صاحبه، والأجرة الأصلية بينهما، والضمان عليهما.

مثال ذلك: ما لو عاقد شخصان على خياطة ثوب بعشرة، فغاب أحدهما أو مرض كثيرًا، فخاطه الآخر، فالعشرة بينهما، ثم يقال ما مثل أجرة من خاطه؟ فإذا قيل أربعة، رجع على صاحبه باثنين مضمومين لخمسة؛ فحاصله أن يختص بأربعة من عشرة ثم يقتسمان الستة[1].

* وأما الإمام أحمد، فشركة الأبدان عنده أن يشترك اثنان أو أكثر فيما يكتسبونه من المباح، كالحطب والحشيش والثمار المأخوذة من الجبل والاصطياد والمعادن؛ فكل ما يشترك فيه القوم بأبدانهم وليس لهم مال مثل الصيادين والحمالين والنخالين، فالشركة بينهم في ذلك جائزة صحيحة، ولم يشترطوا لصحتها أن تكون فيما فيه الصناعة كما فعل أبو حنيفة، بل أجازوا في اكتساب ما كان مباحًا من الأموال كالاحتشاش والاحتطاب والاصطياد والثمار المأخوذة من الجبال والمعادن لورود الأثر في ذلك، فقد أشرك النبي ﷺ بين عمار وسعد وابن مسعود فيما يصيبون من سلب في الحرب.

ولم يشترطوا في جوازها اتحاد الصنعة كما شرطه مالك، بل تصح عندهم شركة الأبدان مع اتفاق الصنائع ومع احتلافها أيضًا، على الراجح عندهم، لأنها اشتراك في مكسب مباح، فصح كما لو اتفقت الصنائع، ولأن الصنائع المتفقة أيضًا قد يكون أحد

---

(1) انظر شروط شركة العمل عند المالكية: الخرشي، جـ 5 ص 59 - 60، والشرح الكبير للدردير جـ 3 ص 363.

الرجلين أحذق فيها من الآخر، فربما يتقبل أحدهما ما لا يمكن للآخر عمله، ولم يمنع ذلك صحتها عند الأكثرين، فكذلك إذا اختلفت الصنائع.

وعندهم الربح في شركة الأبدان علي ما اتفقوا عليه من مساواة أو تفاضل، لأن العمل يستحق به الربح، وقد يتفاضلان في العمل، فجاز تفاضلهما في الربح الحاصل به، ولكل واحد منهما المطالبة بالأجرة، وللمستأجر دفعها إلى كل واحد منهما، وأيهما دفعها إليه برئ منها؛ وإن تلفت في يد أحدهما من غير تفريط فهي من ضمانهما، لأنهما كالوكيلين في المطالبة؛ وما يتقبله كل واحد منهما من الأعمال فهو من ضمانهما، يُطَالَبُ به كل واحد منهما ويلزمه عمله، لأن هذه الشركة لا تنعقد إلا على الضمان، ولا شيء فيها تنعقد عليه الشركة إلا الضمان، فكأن الشركة تضمنت ضمان كل واحد منهما عن الآخر ما يلزمه.

وإن مرض أحدهما فالكسب بينهما، لأن العمل مضمون عليهما معا، وبضمانهما له وجبت الأجرة، فتكون لهما؛ فإن طالبه الصحيح أن يقيم من يعمل فله ذلك، فإن امتنع فللآخر الفسخ، وقيل إنه إذا ترك العمل لغير عذر لا يشارك صاحبه في أجرة عمله ،لأنه إنما شاركه ليعملا جميعًا، فإذا ترك أحدهما العمل فما وفى بما شرط على نفسه، فلم يستحق ما جعل له في مقابلته.

وإن كان لأحدهما أداة قصارة ولآخر بيت، فاشتركا على أن يعملا بأداة هذا في بيت هذا والكسب بينهما، جاز؛ والأجرة على ما شرطاه، لأن الشركة وقعت على عملهما، والعمل يستحق به الربح في الشركة، والآلة والبيت لا يستحق بهما شيء، لأنهما يستعملان في العمل المشترك.

وإن كان لأحدهما آلة وليس للآخر شيء، أو لأحدهما بيت وليس للآخر شيء، فاتفقا على أن يعملا بالآلة أو في البيت والأجرة بينهما، جاز.

وإن فسدت الشركة قسم الحاصل لهما على قدر أجر عملهما وأجر الدار والأداة.

ومذهب الحنابلة هو أكثر المذاهب الإسلامية على الإطلاق في توسيع دائرة المشاركة، حيث لا يضع قيودًا لهذه المشاركة، ويجعل أساس العمل هو الاتفاق والشرط، أخذا من قول الرسول ﷺ: «الْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ إِلَّا شَرْطًا أَحَلَّ حَرَامًا أو حَرَّمَ حَلَالًا»[1].

---

(1) انظر تفصيل قول الحنابلة في شركة الأبدان: المغني والشرح الكبير جـ 5 - ص 180 .

* وأما الشافعية: فذهبوا إلى أن شركة الأبدان باطلة، لما فيها من الغرر وعدم الانضباط، ولعدم قدرة كل شريك على عمل ما تقبله شريكه عند اختلاف الصنعة، أو عند اختلافهما في الحذق والمهارة، ولأن كل واحد من الشريكين متميز ببدنه ومنافعه، فيختص بفوائده، كما لو اشتركا في ماشيتهما وهي متميزة، ليكون الدر والنسل بينهما، وذلك غير جائز باتفاق، فكذا شركة الأبدان؛ وهذا كما ترى أضيق المذاهب.

جـ - شركة الوجوه[1]:

اختلف الناس في معنى شركة الوجوه وفي حكمها.

* فقال المالكية: هي أن يبيع الوجيه مال الخامل بجزء من ربحه، فإذا باع الرجل الوجيه أي الذي يرغب الناس في الشراء منه مال الرجل الخامل الذي لا يلتفت له الناس على أن يكون للوجيه جزء من الربح، فهذه شركة وجوه، وهي فاسدة لأمرين: أحدهما أنها إجارة مجهولة الأجرة، إذ لا يعرف مقدار الجزء الذي يحصل للبائع، والثاني أن فيها الغش والتدليس على الناس، لأن كثيرًا من الناس يرغب في الشراء من أملياء السوق ظنًّا منهم أن الأملياء إنما يتجرون في السلع الجيدة وأن الفقراء على العكس؛ وهي باطلة أيضًا عند الشافعي وأهل الظاهر والليث بن سعد.

* واما الحنابلة: فذهبوا إلى صحتها، ولكنهم فسروها بخلاف ما فسرها به المالكية؛ فقال صاحب المغني الشيخ موفق الدين رحمه الله: هي أن يشترك اثنان فيما يشتريان بجاههما، وثقة التجار بهما، من غير أن يكون لهما رأس مال، على أن ما يشتريانه فهو بينهما نصفين أو أثلاثًا أو نحو ذلك، ويبيعان ذلك، فما قسم الله من الربح فهو بينهما؛ قال: فهي جائزة، سواء عين أحدهما لصاحبه ما يشتريه أو قدره، أو ذكر صنف المال، أو لم يعين شيئًا من ذلك، بل قال: ما اشتريت من شيء فهو بيننا.

وقد استدل الحنابلة على صحتها بأنهما اشتركا في الابتياع، وأذن كل واحد منهما للآخر فيه، فصح، وكان ما يتبايعانه بينهما كما لو ذكرا شرائط الوكالة.

---

(1) انظر آراء العلماء في تفسير شركة الوجوه وصحتها وبطلانها وشروطها عند من يقول بمشروعيتها: الشرح الكبير، جـ 3، ص 364، والكواكب الدريه، جـ 3، ص 183، والمغني، والشرح الكبير، جـ 5، ص 184، والشركة في الإسلام، للأستاذ علي الخفيف، ص 97.

وحتى بهذا التفسير لشركة الوجوه فهي باطلة عند مالك والشافعي، لأن هذا توكيل من الجانبين، فلا بد من ذكر ما تصح به الوكالة من تعيين الجنس والقدر وغيره من شروط الوكالة، لأن كل واحد منهما وكيل عن صاحبه، وذلك منعدم فيما ذكروه، بل أطلقوا جوازه ولو لم يعين شيئًا مما يشتريه أو صنفه أو قدره، فكيف تصح الوكالة بشراء شيء مجهول الجنس والنوع والقدر، ثم يلزم بما ترتب عليه؟

وأما الحنابلة فيقولون: لا نسلم القول بأن الوكالة لا تصح حتى يقدر النوع والثمن، بل تصح الوكالة من دون هذا الشرط؛ ولو سلم ذلك فإنما يعتبر في الوكالة المفردة، أما الوكالة الداخلة في ضمن الشركة فلا يعتبر فيها ذكر الجنس والنوع والقدر، بدليل عقد المضاربة، وشركة الأموال، كالعنان والمفاوضة، فإن في ضمنها توكيلا، ولا يعتبر فيهما شيء من ذكر جنس ونوع ما يشتريه، فكذا هنا، فعلى هذا إن قال لرجل: ما اشتريت اليوم من شيء فهو بيني وبينك نصفان، أو أطلق الزمن فقال الآخر: نعم، أو قال أحدهما: ما اشتريت أنا من شيء فهو بيني وبينك نصفان، جاز، وكانت شركة صحيحة، لأنه أذن له في التجارة على أن يكون المبيع بينهما، وهذا معنى الشركة؛ ويكون توكيلا له في شراء نصف المتاع بنصف الثمن، فيستحق النصف في مقابلة ملكه الحاصل في المبيع، سواء خص ذلك بنوع من المتاع أو أطلق؛ وكذا لو قالا: ما اشترينا أو اشتراه أحدنا من تجارة فهو بيننا، فكل واحد وكيل صاحبه كفيل عنه بالثمن، لأن مبنى هذه الشركة على الوكالة والكفالة، إذ كل واحد منهما وكيل الآخر فيما يشتريه ويبيعه، كفيل عنه بذلك.

والملك في هذه الشركة بينهما على ما شرطاه، لقول الرسول ﷺ: «الْمُؤْمِنُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ»، والخسارة على قدر ملكيهما قياسًا على شريكي العنان، لأنها في معناها، والربح بينهما على ما شرطاه لذلك من مساواة أو تفاضل، لأن العمل يستحق به الربح، وقد يتفاضلان في العمل؛ وقيل الربح على قدر ضمانهما ثمن السلعة في هذه الشركة، لأن الربح يستحق فيها بالضمان لا بالمال، لأنها وقعت على الضمان خاصة، فيتقدر بقدرها، ويكون الربح على قدر ضمانهما ثمن السلعه المشتراه؛ والضمان لا تفاضل فيه، فلا يجوز التفاضل في الربح فيها.

* وأما الحنفية والزيدية: فإنهم يرون صحة هذه الشركة، ولا يختلفون مع الحنابلة كثيرًا، فيعرفها بعض الزيدية بأنها توكيل كل من الشركاء الذين هم أهل للتصرف صاحبه في أن يجعل له فيما يستدين أو فيما يشتري جزءًا شائعًا معلومًا، على أن يعملا في التجارة على ذلك، ويكون الربح مشتركًا بينهم.

وإنما سميت بشركة الوجوه، لأن الشركاء فيها لا يكونون في العادة إلامن وجوه الناس الذين هم موضع الثقة المالية ، وهذه الشركة وإن كان كل شريك يعاوض صاحبه بكسب غير محدد، والشركة إنما تكون على المال أو العمل، وكلاهما معدوم في هذه الشركة، إلا أنها في النهاية تؤول إلى توكيل كل شريك صاحبه في البيع والشراء، وذلك من الأعمال التي تفيد ربحًا، والمصلحة تقتضيها وليس فيها مفسدة، فلا موجب لعدم جوازها؛ وهم يوافقون الحنابلة في جوازها ولكنهم يختلفون معهم في أمرين:

أحدهـا: إن الحنفية والزيدية يرون أن كل شريك يعد ضامنًا لحصة من الثمن بقدر ما يخصه، ولذا يجب أن يكون الربح على حسب ذلك الضمان؛ فإذا شرط لأحدهم فضل ربح على حصته من الضمان كان شرطًا باطلا، ويكون الربح على قدر ضمانهما ثمن السلع المشتراة؛ ذلك لأن الربح في هذه الشركة إنما يستحق بالضمان، فيتقدر بقدره.

فإن قيل: إن الربح كما يستحق بالضمان يستحق بالعمل، والعمل متفاوت القيمة، فلماذا لا يجوز التفاضل بالربح في هذه الشركة على هذا الأساس كما هو الرأي الراجح عند الحنابلة؟

الجواب: إن هذا إنما يكون إذا كان العمل في رأس مال معلوم كما في المضاربة وشركة العنان، وذلك غير موجود هنا في شركة الوجوه، فلا يستحق بسببه تفاضل؛ ذلك لأن تقويم الربح بما شرطه المتعاقدان إنما يصح إذا ما كان في رأس مال معلوم لا مجهول، كما هو الحال في هذه الشركة، وعند جهالة رأس المال عند عقد الشركة والاتفاق عليها يكون الربح مجهولا بجهالة رأس المال.

وقد علمت أن الحنابلة في القول الراجح عندهم يرون أن الربح يكون على ما شرطه المتعاقدان.

الأمر الثاني: أن الحنابلة يرون أن هذه الشركة تتضمن الوكالة والكفالة، فيكون كل شريك وكيلا عن صاحبه إذا اشترى وإذا باع، كما يكون كل واحد كفيلا بالثمن

الذي اشترى به صاحبه؛ والحنفية والزيدية يخالفون الحنابلة فيرون أن ما يلزم أحد الشركاء من دين لم يلزم به غيره إلا إذا عقدوها مفاوضة، إذ أنها حينئذ تتضمن الكفالة؛ وليس معنى ذلك أن ما يشتريه أحد الشركاء لا يكون ثمنه على الجميع، بل يطالب كل منهم بقدر حصته فيه، يرجع به المتصرف عليهم، وذلك بحكم وكالته عنهم في التصرف.

د - شركة الذمم[1]:

وهي أن يتعاقدا على اشتراء شيء غير معين بدين في ذمتهما، ويشترطا تحمل كل منهما عن الآخر، ثم يبيعانه، وما خرج من الربح فهو بينهما؛ وهذه فاسدة سواء اشتريا معا أو أحدهما، لأن ذلك من باب (تحمل عني وأتحمل عنك)، وهو ضمان بجعل، والضمان بجعل باطل؛ وهي أيضًا من باب (أسلفني وأسلفك)، وهو سلف جر نفعًا؛ أما إذا دخلا على شراء شيء معين وتساويا في التحمل، جاز ذلك، لعمل الماضين من السلف، وإن كانت علة المنع - وهي الضمان بجعل والسلف بمنفعة - موجودة فيه.

خامسًا: شركة الجبر[2]:

وهي التي قضى بها عمر رضي الله عنه، وقال بها مالك وأصحابه؛ وهي استحقاق شخص الدخول مع مشتر سلعة لنفسه من سوقها المعد لها على وجه مخصوص.

وشروط جواز هذه الشركة ستة: ثلاثة في الشيء المشترى وهي:

1 - أن يشتري بسوق ذلك الشيء، وإن كان المشتري من غير تجار ذلك السوق، لكن بشرط أن يشتريه للتجارة به في البلد، ويحترز بذلك عما لو اشتراه ببيت البائع أو بيت المشتري، أو اشتراه بحانوت ليس في سوقه، فلا يجبر على مشاركته.

2 - وأن يكون شراؤه للتجارة بذلك المبيع؛ فلو اشتراه لغير التجارة فلا يجبر على المشاركة فيه.

3 - وأن تكون التجارة في البلد؛ فلو اشتراه للتجارة به في بلد آخر لم يجبر على المشاركة.

---

(1) انظر صورة شركة الذم وحكمها: الشرح الكبير، جـ 3، ص 363. والكواكب الدريه، جـ 3، ص 183.

(2) الكواكب، جـ 3، ص 182، والشرح الكبير، جـ 3، ص 360 - 361 .

وثلاثة في الشخص المستحق للدخول مع المشتري؛ وهي:

1 - أن يكون حاضرًا في السوق وقت شراء المشتري؛ فلو اشتراها في غيبته لم يجبر على الشركة.

2 - وأن يكون من تجار تلك السلعة التي بيعت بحضرته، سواء كان من أهل السوق التي بيعت به تلك السلعة أم لا.

3 - وألا يتكلم، فلو تزايد معه فلا جبر.

ولا يجبر الحاضرون على شرائه على مشاركتهم للمشتري إذا لم يتكلموا؛ وأما إن حضروا السوق وقالوا له: أشركنا، فأجابهم بنعم أو سكت، فإنهم يجبرون على مشاركته إن طلب، كما أنه يجبر على مشاركتهم إن طلبوا؛ ولو ادعى المشتري أنه اشترى السلعة للقنية أو إقراء الضيف أو العرس أو الإهداء صدق في ذلك بيمين، إلا إذا وجدت قرينة على كذبه ككثرة ما اشتراه، وادعى أنه اشتراه للقنية، والعادة عدم شراء ذلك الحجم للقنية.

الفصل الرابع

القراض، ويسمى المضاربة

القراض والمضاربة اسمان لنوع واحد من عقود المعاملات المالية والتجارة؛ وهو نوع من الشركة يشترك فيها بدن ومال، ومعناه أن يدفع رجل ماله إلى آخر يتجر فيه على أن ما حصل من الربح بينهما حسب ما يشترطانه.

فأما تسميته بالقراض، فقيل إنه مأخوذ من القرض الذي هو القطع، ومنه قولهم قرض الفأر الثوب إذا قطعه، فكأن صاحب المال اقتطع من ماله قطعة وسلمها إلى العامل، وهو قطع لصاحب المال جزءًا من الربح الحاصل بسعيه؛ وقيل اشتقاقه من المقارضة، وهي المساواة والموازنة، يقال تقارض الشاعران إذا وازن كل منهما الآخر بشعره، وههنا من العامل العمل، ومن الآخر المال، فاستويا وتوازنا في الانتفاع بالربح.

ورب المال: يسمى المُقَارِض بالكسر، والعامل: يسمى المقَارَض بالفتح.

وأما تسميته بالمضاربة، فهو إما لأن كليهما يضرب في الربح بنصيب، وإما مأخوذ من الضرب في الأرض الذي هو السفر فيها للتجارة. ومنه قوله تعالى: ﴿وَآخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِي الْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِنْ فَضْلِ اللَّهِ﴾[1].

والمضارب بالكسر: العامل، عكس المقارض، لأنه الذي يضرب بالمال؛ وقد قيل ليس لرب المال اسم من المضاربة بخلاف القراض.

مشروعيته[2]:

وأصله من الكتاب قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾[3]؛ والقراض بيع منافع بجزء من الربح.

(1) سورة المزمل، الآية 20.

(2) يراجع في مشروعية القراض وفي أركانه وشروطه ومسائله:
الذخيرة، المجلد السادس، وبداية المجتهد، جـ 2 ص 178، والشرح الكبير للدردير، جـ 3، ص 517، وما بعدها، والمغني لابن قدامة، جـ 5 ص 134 وما بعدها، والشركات في الفقه الإسلامي، ص 63 - 89 .

(3) سورة البقرة، الآية 275.

ومن عمل الصحابة رضوان الله عليهم ما رواه مالك في الموطأ، عن زيد بن أسلم، عن أبيه، أن عبد الله وعبيد الله ابني عمر رضي الله عنهم خرجا في جيش إلى العراق، فلما قفلا مرا على أبي موسى الأشعري - وهو أمير البصرة - فرحب بهما وسهل، ثم قال: لو أقدر لكما على أمر أنفعكما به، ثم قال: بلى، ههنا مال من مال الله تعالى، أريد أن أبعث به إلى أمير المؤمنين فأسلفكماه، فتبتاعان به متاعًا من متاع العراق، ثم تبيعانه بالمدينة فتؤديان رأس المال إلى أمير المؤمنين، ويكون لكما الربح، فقالا: وددنا؛ ففعل وكتب إلى عمر أن يأخذ منهما المال؛ فلما قدما، باعا فأربحا، فلما دفعا ذلك إلى عمر، قال عمر: أكُلّ الجيش أسلفه مثل ما أسلفكما؟ قالا: لا، فقال عمر: أبناء أمير المؤمنين فأسلفكما، أديا المال وربحه.

فأما عبد الله فسكت، وأما عبيد الله فقال: ما ينبغي لك يا أمير المؤمنين هذا، لو نقص المال أو هلك لضمناه، فقال عمر أدياه، فسكت عبد الله وراجعه عبيد الله، فقال رجل من جلساء عمر: يا أمير المؤمنين، لو جعلته قراضًا؟ فقال عمر: قد جعلته قراضًا؛ فأخذ عمر المال ونصف ربحه، وأخذ أبناؤه نصف الربح؛ ويقال الرجل عبد الرحمن بن عوف.

وهنا سؤال: كيف يمكن جعله قراضًا بعد ما كان قرضًا، وإلزام ذلك في القرض خلاف الإجماع، وأكل المال بالباطل، لأن الربح للمقترض إجماعًا، فأخذه منه غصب؟

الجواب: هو أن عمر رضي الله عنه جعل انتفاعهم بجاه العمل للمسلمين له نصف الربح، كأن المسلمين ساعدوهما في ذلك؛ وهذا هو مستنده في تشطير عماله في أموالهم، فهو كالقراض.

قد يقال: إن أبا موسى حكم عدل، وقد تصرف بوجه المصلحة، لأنه بإقراضه يصير المال مضمونًا في الذمة، فهو أولى من إرساله على وجه الأمانة، يضاف إلى ذلك إكرام من ينبغي إكرامه، فهو تصرف جامع للمصالح، فكان ينبغي تنفيذه وعدم الاعتراض عليه.

الجواب: إن عدم التعرض فيما كان التصرف فيه وفق المصلحة، إنما هو في النظر من الأمراء والولاة، أما الخليفة فله النظر في أمر نوابه ولو كان سدادًا، أو نقول: إن تصرف أبي موسى هذا وإن كان على وجه المصلحة إلا أن فيه تهمة بالخليفة عمر بسبب إكرام ابنيه، فأراد إبطال هذه التهمة والدفاع عن عرض الإمامة ما أمكن.

هذا. ومما يدل على مشروعية القراض أيضًا ما رواه مالك عن علاء بن عبد الرحمن، عن أبيه عن جده، أن عثمان بن عفان أعطاه مالا قراضًا يعمل فيه على أن الربح بينهما؛ وروى حميد بن عبد الله عن أبيه عن جده أن عمر بن الخطاب أعطاه مال يتيم مضاربة يعمل به في العراق؛ كما روي جوازه عن كثير من الصحابة، منهم علي بن أبي طالب وابن مسعود وحكيم بن حزام وجابر بن عبد الله، ولم يعرف مخالف عن سائرهم، فكان إجماعًا؛ وأيضًا قياسًا على المساقاة التي هي مورد السنة، ولأن بالناس حاجة إلى القراض، فإن النقود لا تُنَمَّى إلا بالتحريك والتجارة؛ وليس كل من يملك النقود يحسن التجارة، ولا كل من يحسن التجارة له مال، فاحتيج إليهما من الجانبين، فشرعه الله لدفع الحاجتين، واستخرجت بهذه الضرورة من الإجارة المجهولة كالمساقاة.

أركان القراض:

أركانه خمسة:

الركن الأول: الصيغة:

وينعقد بلفظ القراض والمضاربة وبكل ما يؤدي معناهما، لأن المقصود المعنى، فجاز بكل ما دل عليه، ولا بد فيها من اتحاد مجلس الإيجاب والقبول؛ وقيل: لا يشترط اتحاد المجلس كالوكالة، وقيل: يكتفى فيها بالعمل دون قبول في المجلس.

الركن الثاني: العاقد:

ويشمل رب المال والعامل، ويشترط في كل منهما أن يكون من أهل التصرف، وهو البالغ الرشيد الذي يصح منه التوكيل والتوكل، لأن القراض عقد على التصرف في المال، فلم يصح من غير جائز التصرف، كالبيع والإجارة وغيرهما من سائر العقود.

ويجوز عقد القراض للمريض مرضًا مخوفًا، لأن الحجر عليه إنما هو فيما تبرع به من ماله أو حابي فيه، والقراض ليس عقد تبرع، بل هو عقد تنمية المال يبتغي فيه الفضل، فهو من المعاوضات المالية، فلا يحجر عليه فيه؛ وللعامل في المال ما شرط له، وإن زاد على أجر مثله، ولو مات رب المال بذلك المرض، فما شرط للعامل من الربح لا يحتسب من الثلث كما هو الشأن في تبرعات المريض، وذلك لأن الربح الذي يأخذه العامل غير

مُستَحَقٌّ من رب المال حتى يكون من ثلث ماله، بل الربح حاصل بعمل المضارب؛ فما يوجد من الربح المشروط في مال القراض يحدث على ملك العامل، ولا يزاحم به أصحاب الوصايا، لأن المريض لو أقرض المال فتاجر به المقترض كان الربح كله للمقترض، فبعض الربح الذي يأخذه عامل القراض أولى أن يكون له؛ وهذا بخلاف ما لو حابى المريض الأجير الذي استأجره في الأجرة، فأعطى له أكثر من أجر مثله، فإنه يحتسب بما حاباه من ثلثه، لأن الأجر يؤخذ من ماله، فكأنه تبرع بما حابى به، والتبرع في المرض محجور عليه.

ولو شرط المريض في المساقاة والمزارعة للعامل أكثر من أجر مثله فمات، احتمل أن لا يحتسب الزائد من ثلث ماله، لأن الثمرة تخرج على ملكيهما كالربح في المضاربة، إذ لا تخرج الثمار إلا بعمل العامل؛ فما يأخذه العامل من نصيب في الثمار غير مستحق من رب المال، وهذا هو الراجح؛ واحتمل أن تكون الزيادة على أجر المثل من ثلثه، لأن الثمرة زيادة في ملكه خارجة عن عين يملكها، والربح لا يخرج عن عين المال، وإنما يحصل بالتقليب.

وإذا مات رب المال قبل أن يأخذ عامل القراض حصته من الربح، وكان عند رب المال غرماء، قدمت حصة العامل من الربح على غرمائه، ولم يأخذوا شيئًا من نصيب العامل، لأنه يملك الربح بالظهور عند قوم، ويتأكد بمجرد الظهور وإن لم يستقر لازمًا، إلا بالقسمة عند آخرين، فكأنه في ملكه قبل موت رب المال فكان شريكًا فيه؛ وليس لرب المال شيء من نصيبه، فهو كالشريك بماله؛ ولأن حق العامل متعلق بعين المال دون الذمة، فكان مقدمًا على الحق المتعلق بالذمة، كحق المرتهن.

ويجوز تعدد العامل والمالك بشرط توزيع الربح بين العمال بقدر الأعمال، كتوزيع الأثمان على السلع؛ فإذا شرط لأحدهما أو أحدهم أكثر من غيره مع تساويهما في قدر العمل لم يجز عند مالك وأصحابه؛ كأن شرط لأحد العاملين ثلث الربح، وللآخر الثلثان، وهما متساويان في قدر العمل، فلا يصح، لأنهما في العمل بأبدانهما، فلم يجز تفاضلهما في الربح كشريكي الأبدان.

وذهب الأئمة الثلاثة إلى جواز اشتراط التفاوت في الربح بين العمال، لأن عقد صاحب المال مع الاثنين في الحقيقة عقدان لا عقد واحد، فجاز أن يشرط في أحدهما

من الربح أكثر من الآخر، كما لو انفردا في العقد، ولأن العاملين يستحقان الربح بالعمل، وهما متفاضلان غالبًا، فجاز تفاضلهما في العوض كالأجيرين.

وكما تجوز المضاربة منفردة تجوز مجتمعة مع شركة العنان، وذلك لأن المال إذا كان من جانب والعمل من جانب آخر كانت المضاربة منفردة ، سواء أكان المال لواحد أو لأكثر ولا عمل لهم، أم كان العامل واحدًا أو أكثر ولا مال لهم.

وقد تجتمع المضاربة مع شركة العنان، كما لو كان المال لشريكين أو أكثر، على أن يكون العمل على بعضهم، كأن يساهم ثلاثة بثلاثين ألف دينار، يساهم كل واحد منهم بعشرة آلاف دينار، على أن يعمل واحد منهم فقط؛ وفي هذه الحالة يكون مال غير العامل مضاربة في يد العامل منهم واحدًا أو أكثر، أما مال العامل منهم فهو ماله يعمل فيه بحكم أنه مالك له.

وإذا كان العامل حينئذ متعددًا كأن كان العمل على اثنين، كانت أموالهما بينهما شركة عنان، بينما تكون أموال الآخرين في أيديهما مضاربة؛ وفي هذه الحال يكون ربح أموال العاملين لهم خاصة شركة بينهما، وربح أموال غير العاملين على الشركة حسب الاتفاق، فتضاف حصة العاملين من ربح أموال غير العاملين إلى ربحهم من مالهم؛ وفي هذه الحال لا يجوز أن يشترط لغير العامل نسبة من الربح تزيد على ما يخص رأس ماله الذي دفعه، إذ لا سبب لاستحقاقه هذه الزيادة من مال أو عمل أو ضمان.

وقد يكون الشركاء العاملون أكثر من واحد، والمال لبعضهم فقط، على أن يكون الناتج (الربح) مشتركًا بينهم على حسب الشروط، على أن يعتبر من لا مال له مضاربا في مال صاحبه، فيكون له حظه من الربح على حسب ما شرط له فيه؛ وهذا أجازه الحنابلة ونص عليه الإمام أحمد؛ وجمهور الأئمة يذهبون إلى عدم صحة ذلك، إذا كان عمل صاحب المال مع العامل مشترطًا في العقد، وذلك لاشتراط تسليم رأس مال المضاربة إلى العامل، واشتراط اشتراك رب المال في العمل فيه لا يتم معه التسليم إلى العامل؛ وعلى ذلك لا تصح المضاربة لفقدان شرطها، وهو تسليم المال إلى العامل.

لكن قيل في توجيه ما نقل عن الإمام أحمد: إن العمل أحد ركني المضاربة، ومن الجائز أن يقوم به العامل منفردًا، كما يجوز أن يقوم به بالاشتراك مع رب المال؛ ويكفي

في المضاربة ألا يحال بين المضارب وبين العمل في المال، وذلك يتم بإطلاق التصرف في المال نظير جزء من الربح شائع؛ ولهذا لو دفع شخص ماله إلى اثنين ليعملا فيه معًا مضاربة، جاز اتفاقًا؛ في حين أنه لم يحصل تسليم تام إلى كل منهما، وإنما سلم إليهما جميعًا، وأطلق لهما التصرف فيه.

هذا ويكره مقارضة من يستحل الحرام، أو لا يعرف الأحكام المتعلقة بالبيع والشراء، وإن كان مسلمًا بالغا رشيدا، مخافة عمله بالحرام؛ ثم إن قارضه وعمل بالمال وربح، فإن توقع تجره بالحرام استحب التصدق بذلك المال للشبهة، وإن علم تجره فيما لا يجوز كالخمر ونحوها، لم يجز له أخذ هذا المال، لأن المال الحرام لا يملك، بل يجبر على التصدق[1] بالجميع من ربح ورأس مال، لأنه أخذ فيما لا يقابل بالمال؛ فالمال الذي دفعه في مقابل ما هو محرم باق على ملك صاحبه.

وكره للمسلم أخذ قراض الذمي أو مساقاته للمذمة، وليس بحرام، ولأن ماله ليس بطيب؛ فإنهم يبيعون الخمر ويتعاملون بالربا فكرهت معاملتهم؛ وهذا ما لم يعلم عمله بمحرم كالربا، وإلا فيحرم مقارضته قولا واحدًا، ودفع القراض له، كالأخذ منه كراهة وحرمة.

وكره عمل الوصي بمال اليتيم للتهمة، وليقارض له غيره؛ فإن أخذه لنفسه بغير محاباة مضى، وإلا ردَّ إلى قراض مثله.

الركن الثالث: رأس المال:

وله شروط:

الشرط الأول: أن يكون دراهم ودنانير، لأنهما قيم الأموال وأثمان البياعات في كل زمان؛ ولا يجوز أن يكون رأس المال فلوسًا لأنها تبطل، وقيل: يجوز أن تكون الفلوس رأس مال إذا كانت نافقة، لأنها في هذه الحالة ثمن، فأشبهت الدراهم والدنانير؛ ووجه

---

(1) قاعدة: الأموال المحرمة من المغصوب وغيره إذا علمت أربابها ردت إليهم، وإن لم يعرف أربابها فهي من أموال بيت المال، تصرف في مصارفه، الأولى فالأولى من الأبواب والأشخاص على ما يقتضيه نظر الصارف، إمامًا كان أو نوابه، أو من حصل ذلك عنده من المسلمين، فلا تتعين الصدقة؛ فقد يكون بناء الجامع أو القنطرة أو مكان الاستشفاء أولى في وقت، وقد تمتنع الصدقة لتعين غيرها من المصالح؛ وإنما يذكر العلماء الصدقة في فتاويهم في هذه الأمور لأنها الغالب، وإلا فالأمر كما ذكرنا.

المنع أن الفلوس تنفق مرة وتكسد أخرى فأشبهت العروض، وقيل: القراض بالفلوس جائز، ولكنه مكروه لشبهها بالعرض حينًا وبالنقود حينًا؛ والقول بجواز القراض بها أحسن إذا نفقت، لأنها في هذه الحالة كأصول الأموال.

ولا يجوز القراض بالعروض والمثليِّ من المكيل والموزون، للغرر بتغير الأسواق عند المفاصلة، لأن العامل يرد مثل ما أخذ عند نهاية العقد؛ وحصول مثل ما أخذ عند الانتهاء لا يتسير غالبًا، لاحتمال أن يغلو غلوا قد يستغرق رأس المال والربح، فيؤدي إلى حرمان العامل من الربح، أو يرخص فيأخذ العامل بعض رأس المال؛ فإن وقع القراض بالعرض كأن يدفع إليه عرضًا ليبيعه ويتجر بثمنه قراضًا، كان القَراض فاسدا، لأن فيه اشتراط منفعة لرب المال من حمل مؤونة البيع؛ فللعامل أجر مثله على بيع العرض، وقراض مثله في التجر لفساد العقد.

ولو قال له: بع لي هذه السلعة ولك في بيعها كذا أجرًا، ثم اعمل بثمنها قراضًا، منع أيضًا، لأنه جمع بين الإجارة والقراض في عقد واحد، والجمع بينهما ممنوع لتنافي أحكامهما؛ وإن جعل رأس المال نفس العرض أو قيمته الآن أو يوم المفاصلة، فلا يجوز ولو تولى غيره بيعه.

الشرط الثاني: أن يكون رأس المال معلوم المقدار، فإن كان مجهولا أو جزافًا لم يصح، وذلك كصبرة دراهم أو دنانير، ولو شاهداه؛ وقال بعضهم: يصح إذا شاهداه ولو كان مجهولا، ويكون القول قول العامل مع يمينه في قدره، لأنه أمين رب المال، والقول قوله فيما في يده، فقام ذلك مقام المعرفة.

والصحيح القول الأول، لأن المشاهد من دون معرفة قدره مجهول، والعامل يرد مثل ما أخذ عند الانتهاء، فلا يدري بكم يرجع عند المفاصلة، ويفضي ذلك إلى المنازعة والاختلاف في مقداره، فلم يصح.

الشرط الثالث: أن يكون النقد مسكوكًا؛ فلا يجوز أن يكون رأس المال نقار ذهب أو فضة أو تبر، أو سبيكة؛ وكذلك الحلي إذا كان لا يتعامل به في بلد القراض، وإلا فيجوز إذا لم يوجد في بلد القراض مسكوك يتعامل به؛ وإنما منع بالنقار والتبر لاحتياجهما للتصرف فيهما قبل عمل القراض كالعرض، فهو كاشتراط منفعة لرب المال من حمل مؤونة البيع؛ ووجه المنع بالحلي هو أن الصياغة عرض أيضًا.

فإن وقع القراض بالنقار والتبر، فإن أدرك قبل العمل فسخ، وإن أدرك بعده مضى، وقيل: يمضي قبل العمل أيضًا لقوة الخلاف؛ ثم عند المفاصلة رد مثلها إن عرف الوزن، وإلاّ ردّ ما بيعت به، وله أجرة الصرف إن كان له مؤونة، فإن ضرب النقار أو التبر نقدًا ردَّ العدد الخارج من ضربه عند المفاصلة، وله أجرة الضرب إن كان له مؤونة، ثم له على العمل قراض المثل، ويلغى المسمى لفساد العقد.

الشرط الرابع: أن يكون النقد المضروب خالصًا، فلا يصح بالمغشوش، لأن قيمته تزيد وتنقص فأشبهت العروض.

واستثنى القاضي أبو الوليد بن رشد المسكوك من المغشوش في بلد يكون التعامل فيه به فيصح بها القراض، لأنه أصول الأموال هناك. واتفق أصحاب مالك على تعلق الزكاة بعينه، وهذا دليل إعطائه حكم الخالص؛ وقول أبي الوليد هو الراجح؛ وعلى هذا فلا فرق في جواز القراض بالمغشوش بين الرواج كالكامل أم لا[1]، ثم الظاهر أن رأس المال الذي يعطى عند المفاصلة مثله مغشوشًا.

وأجاز أبو حنيفة القراض بالدراهم المغشوشة، وإن لم يكن في بلد التعامل يكون فيه بها، إن كان الغش أقل من النصف، وإن كثر لم يجز، لأن الإعتبار بالغالب في كثير من الأصول، وهذا بإطلاقه ليس بجيد، لأن المغشوشة تزيد وتنقص في قيمتها، فهي كالعرض، فينبغي تقييد جواز القراض بها بما إذا لم يوجد في بلده مسكوك يتعامل به، فيجوز القراض بها عندئذ، لأنها أصول الأموال كما قال ابن رشد.

الشرط الخامس: أن يكون رأس المال مسلمًا من المالك؛ فمن له دين في ذمة شخص لا يجوز له أن يقول للمدين: اعمل بالدين الذي عندك قراضا والربح بيننا كذا، للتهمة، لأن يكون أخره على أن يزيده فيه؛ فإن وقع وعمل بما ذكر على وجه القراض، فإن الربح له يختص به، والخسارة عليه، استصحابا لحكم الدين، ولا شيء من الربح لرب المال، للنهي عن ربح ما لم يضمن، ويستمر الدين في ذمة العامل على ما كان.

---

(1) بخلاف المغشوش في باب الزكاة، حيث يشترط لوجوب الزكاة في النقود المغشوشة رواجها كالكامل، والفرق أن الاشتراط هناك إنما هو لأجل إخراج ما أوجبه الشارع، والذي أوجبه الشارع لا يتحقق إلا فيما راج كالكامل، لأنه حيئذ يكون بمثابة الكامل؛ و ما لم يرج كالكامل فلا يكون بمثابة الكامل، فلا تجب الزكاة فيه، لأن النصاب لم يكمل؛ وأما هنا في القراض فالغرض التعامل، وقد حصل، سواء كانت المغشوشة رائجة أو غير رائجة.

وهذا النهي عن القراض بالدين محله ما لم يقبض أو يحضره ويشهد، فإن أحضر المدين الدين واستشهد وبرئ من ضمانه، جاز أخذه قراضًا، لأنه قبل ما ذكر يحتمل أن يكون أخره ليزيده فيه، وأما بعد القبض ودفعه له، أو إحضاره مع الإشهاد على براءة ذمته منه، فيجوز، لانتفاء التهمة، فإذا قال للعامل قبل التفرق أو بعده: اعمل فيه قراضًا صح العقد، وكان الربح على ما دخلا عليه؛ هذا هو المشهور في مذهب مالك؛ لا يصح القراض بالدين ما لم يدفع لصاحبه أو يحضر مع الإشهاد.

وذهب بعض أصحاب مالك - وهو العلامة إبراهيم اللخمي - إلى أن القراض بالدين جائز إذا كان على موسر حاضر غير ملد، ويتيسر اجتماع العامل به كأنه قبض؛ فإن كان الدين على غائب يخرج لطلبه، فهو في معنى الإجارة والقراض، فيمنع للجهالة بالأجرة، لأنها بعض الربح.

ولا يجوز أن يكون الرهن رأس مال القراض، لأنه شبيه بالدين، وكذا الوديعة، كأن يقول ربهما: اتجر بما عندك من رهن أو وديعة على أن الربح بيننا كذا قراضًا، ففاسد، قال ابن القاسم صاحب مالك: لأني أخاف أن يكون قد أنفق الوديعة فتكون عليه دينًا؛ وهذا المنع من قراض الرهن والوديعة ظاهر، حيث كان كل منهما في غير يد المرتهن والمودع - بالفتح - بل كان كل منهما بيد أمين، لأن رب المال انتفع بتخليص العامل الرهن أو الوديعة من الأمين؛ وأما لو كان بيد المرتهن أو المودع - بالفتح - فقيل بالجواز، لكونه لا يحتاج فيه لتخليص، فلم ينتفع رب المال بتخليص العامل، ولكن المشهور المنع، وإن كان كل من الرهن والوديعة بيد المرتهن والمودع - بالفتح -؛ فإن وقع، فالربح لربهما، وعليه الخسر، وللعامل أجر مثله؛ وهذا ما لم يقبضَا أو يحضرا بالإشهاد؛ فإن قبضا أو أحضرا مع الإشهاد فإنه يجوز دفعهما قراضًا بالقياس الجلي على الدين.

هذا، وإذا اتجر المودع بغير إذن صاحب الوديعة، فالربح له والخسارة عليه، لأن صاحب الوديعة لم يأذن له في العمل بها، فهو بالتجر بها بغير إذن تعد محض منه، وقد عمل على أن الربح له فعليه الخسارة أيضًا؛ والظاهر أن الرهن كالوديعة في ذلك.

هذا، ومن الناس من سلك في قراض الوديعة مسلكًا آخر غير ما قدمنا، فقال: وإذا كان المودع لا يتصرف في الودائع جاز جعلها قراضًا، وكذا إذا كانت الوديعة مما لا يتصرف فيها غالبًا كالعرض، جاز أيضًا إذا قال له: كلف من يبيعه والثمن قراض.

وإن كانت الوديعة عينًا وجعلها قراضًا والعامل ممن يتسلف، منع إلا بعد إحضارها؛ فإن عمل قبل الإحضار وادعى ضياعًا أو خسارة صدق، لأنه مودع - بالفتح - أو عامل، وكلاهما أمين يصدق، إلا أن يتهم بأنه تسلفها، وهو متهم على ذلك فيصدق بالربح؛ وإن كان شأنه التصرف في الودائع فلا يصدق في الضياع للتهمة.

هذا، ومن الأئمة من أجاز القراض بالوديعة، لأنها ملك رب المال، فجاز أن يضاربه عليها كما لو كانت حاضرة؛ والوديعة تفارق الدين، فإنه لا يصير ملكًا للغريم إلا بقبضه؛ هذا إن كانت الوديعة قائمة، فإن تلفت بتفريطه وصارت في الذمة، لم يجز القراض عليها.

ومما يمتنع في رأس مال القراض أن يقول رب المال: اصرف هذه الدنانير ثم اعمل بها، أو: اقبض من غريمي دينًا واعمل به؛ فإن فعل فله أجرة الصرف والتقاضي وقراض المثل، لفساد العقد، فيفسد المسمى؛ قال بعضهم: هذا إذا كان الصرف له بال؛ وإذا كانت معاملة البلد بالدراهم ويصرفها ليشتري بالدراهم التي صرفها، جاز ذلك، لأنه نوع من التجارة، فلا يعتبر ذلك زيادة نفع لرب المال.

ولوكان لشخص في يد غيره مال مغصوب، فأحضره الغاصب، فقال رب المال: لا أقبضه واجعله قراضًا، جاز ذلك،لأنه مال لرب المال، يجوز بيعه لغاصبه إذا عزم على الرد، وبيعه أيضًا لمن يقدر على أخذه منه بلا مشقة ولا خصومة؛ فإذا ضارب به، سقط ضمان الغصب لعقد المضاربة، لأن المضارب أمين؛ وقيل: لا يزول عنه ضمان الغصب إلا بدفعه ثمنًا؛ وهذا قول الشافعي، لأن القراض لا ينافي الضمان جملة، بدليل ما لو تعدى فيه.

وهذا مردود لأنه انتقل من الغصب إلى المضاربة، بدليل أنه أحضر المال تبرعًا؛ والمضارب أمين يتصرف في مال غيره بإذنه لا يختص بنفعه، فأشبه الوكيل ، والضمان ينافي الأمانة، ووجوب الضمان بالتعدي أمر طارئ.

الشرط السادس: أن يكون رأس المال معينًا، احترازًا من القراض على دين في الذمة؛ وهذا الشرط يبدو واحدا مع شرط التسليم؛ وقد تقدم أن القراض على دين يمنع مخافة أن يكون أعسر المدين بمال الدائن، فهو يريد أن يؤخره عنه على أن يزيده فيه؛ ومن لم ير هذه التهمة مانعة من القراض على دين، من الأئمة، أو يرى أن علة منع القراض على

دين أمران: أحدهما ما تقدم من تهمة التأخير بزيادة، والأمر الآخر أن رأس المال لم يكن معينًا، إذا كان على دين في الذمة، لهذا زادوا هذا الشرط؛ ذلك أن القراض أمانة، والدين الذي في الذمة لا يتحول أمانة، لأن المال الذي في يد من عليه الدين ملك له، وإنما يصير لغريمه بقبضه، ولم يوجد القبض ههنا؛ فإن قال له: اعزل المال الذي عليك وقد قارضتك عليه، ففعل واشترى بعين ذلك المال شيئًا للمضاربة، وقع الشراء له لا للمضارب، لأنه اشترى لغيره بمال نفسه، فحصل الشراء له لا للغير؛ وإن اشترى في ذمته فكذلك، لأنه عقد على ما لا يملكه، وعلقه على شرط لا يملك به المال.

الركن الرابع : العمل:

وهو عوض الربح، وشروطه ثلاثة:

الأول: أن يكون العمل تجارة، وهو البيع والشراء لتحصيل الربح؛ فلا يصح القراض على غير تجارة من الأعمال كالطبخ والخبز وغيرهما من الأعمال غير التجارية، فإن وقع كان إجارة فاسدة.

الثاني: أن تكون غير مضيقة بالتحديد ببعض السلع.

الثالث: أن يكون غير مضيق بتحديد زمان، لأن التحديد ببعض السلع للتجارة فيها أو زمان معين، تحجير يخل بحكمة القراض، لاحتمال أن لا تساعده الأسواق في تلك السلعة، وإليك أمثلة فيما فيه التحجير على العامل، فيفسد القراض:

فمن ذلك اشتراط رب المال على العامل أن لا يشتري أو لا يبيع إلا من فلان، أو شرط عليه أن لا يتجر بالمال إلا في المحل الفلاني، أو اشترط للتجارة نوعا من السلع يقل وجوده، يوجد تارة ويعدم أخرى، أو اشترط أن لا يتجر بالمال إلا في أيام الصيف أو الشتاء، أو اشترط أن لا يشتري بالمال المدفوع شيئًا إلا بعد بلوغه البلد الفلاني؛ فهذا وأشباهه قراض فاسد لما فيه من التحجير على العامل، لأن هذا الاشتراط من باب التضييق على المقارض، فيعظم الغرر؛ هذا مذهب مالك والشافعي.

وأبو حنيفة جوز ذلك كله قياسًا على الوكالة؛ وليس بجيد، للفرق بين الوكالة والمضاربة؛ فإن التضييق في الوكالة لا غرر فيه، ومقصود الوكالة يحصل مع اشتراط هذه الأمور، بخلاف القراض، فإن موضوعه التماس فضل الله تعالى في الأرباح حيث كانت، وذلك يناقضه التحجير؛ والوكالة وضعها أن تكون في الأمر الخاص، حتى منع

الشافعي الوكالة المطلقة؛ فالتحجير شأنها، ومناقض للقراض، لأن وضع العامل أن يقوم مقامًا في تنمية المال.

ومن الشروط الفاسدة في القراض اشتراط رب المال على العامل أن تكون يده معه في البيع والشراء والأخذ والعطاء فيما يتعلق بالقراض؛ فإنه يكون فاسدًا لما فيه من التحجير، لأن المضاربة تقتضي تسليم المال إلى المضارب؛ فإذا شرط عليه العمل معه فلم يسلمه، فيخالف موضوعها؛ والأمر كذلك إذا شرط العامل مشاركة رب المـال، ففـاسد، لما ذكرنا من التحجـير؛ وهذا قول الأكثرين.

وأجاز الإمام أحمد القراض مع شرط أن تكون يد رب المال مع العامل؛ فإذا أخرج المال ليعمل فيه مع آخر والربح بينهما، صح عنده، لأن العمل أحد ركني المضاربة، فجاز أن ينفرد به أحدهما مع وجود الأمرين من الآخر، كالمال في الشركة؛ قالوا: وقول المانع إن المضاربة تقتضي تسليم المال إلى العامل غير مُسلَّم، إنما تقتضي المضاربة إطلاق التصرف في مال غيره بجزء مشاع من ربحه، وهذا حاصل مع اشتراكهما في العمل؛ ولهذا لو دفع ماله إلى اثنين مضاربة صح، مع أنه لم يحصل تسليمه إلى أحدهما؛ وقد تقدم توجيه قوله عند الكلام على العاقد.

ومن الشروط الفاسدة كذلك بسبب التضييق: اشتراط رب المال على العامل أن لا يبيع شيئًا من سلع القراض، ولا يشتري شيئًا للقراض، ولا يأخذ ولا يعطي للقراض، إلا بمراجعته، أو اشتراط رب المال أمينًا على العامل، ففاسد، لأنه خرج بذلك عن سنة القراض من الأمانة، ويرجع العامل إلى أجرة مثله، لأنه لما لم يأتمنه على القراض أشبه الأجير.

ومن الشروط الفاسدة أن يشترط رب العمل أن يشتري العامل وهو يبيعه، أو يشترط قبض الثمن، لأن ذلك يخرجه عن الأمانة؛ نعم يجوز لرب المال أن يجعل شخصًا مع العامل بشرط أن لا يكون بنصيب لصاحب المال، وأن لا يكون عينًا على العامل، وإلا امتنع لمخالفته مقتضى العقد، لأن وصفه الأمانة.

ومن الشروط الفاسدة أيضًا اشتراط عمل يد العامل، كأن يشترط عليه أن يخيط ثيابًا أو يخرز نعالا وما أشبه ذلك، أو اشترط عليه أن يزرع من مال القراض إذا كان الشرط أن يعمل العامل في الزرع، وأما إذا كان على معنى أن ينفق المال في الزرع من غير أن يعمل بيده، فلا يمتنع، إلا أن يكون الزرع مما يقل في تلك الناحية.

ومن الشروط الفاسدة تأقيت القراض إلى أجل؛ فإذا قال له: قارضتك على هذه الدراهم سنة، فإذا مضت السنة فلا تبع، أو قال: إذا جاء رأس العام الفلاني فاعمل بالمال، ففاسد، لأن هذا يؤدي إلى ضرر بالعامل، فيدخل عليه مزيد غرر، لأنه ربما بارت عنده سلع فيضطر عند بلوغ الأجل إلى بيعها، فيلحقه في ذلك ضرر؛ وقد يكون الحظ والربح في تبقية المتاع وبيعه بعد تلك المدة فيفوت بمضيها؛ ولأن اشتراط التأقيت ليس من مقتضى العقد، ولا له فيه مصلحة، فأشبه ما إذا شرط أن لا يبيع؛ وبيان أنه ليس من مقتضى العقد أنه يقتضي أن يكون رأس المال ناضا، فإذا منعه البيع لم ينض.

وأجاز بعض الفقهاء تأقيت القراض، لأنه عقد يتوقت بنوع من المتاع باتفاق، فجاز توقيته في الزمان كالوكالة، ولأن لصاحب المال منعه من التصرف في كل وقت إذا رضي أن يأخذ بماله عرضًا، فإذا شرط ذلك فقد شرط ما هو من مقتضى العقد، فصح، كما لو قال: إذا انقضت السنة فلا تشتر شيئًا، وقد سلموا صحة ذلك.

ومن الشروط الفاسدة أن يشترط رب المال على العامل أن يضمن رأس المال إذا تلف بلا تعد منه أو تفريط، لأن ذلك ليس من سنة القراض، لخروجه عن الأمانة، وللعامل قراض المثل إذا عمل؛ ولا يعمل بهذا الشرط إذ تلف المال، لأنه باطل وجور؛ وأما لو دفع المال إليه وطلب منه ضامنًا يضمنه فيما يتلف بتعديه فينبغي جوازه، لأن العامل يغرم بالتعدي، فأخذ الضامن عليه عندئذ لا ينافي الأمانة.

وليس للعامل أن يخلط مال القراض بماله أو بمال قراض عنده إن كان ذلك بشرط، لأنه أمانة، فهو كالوديعة؛ فإن قال: له اعمل برأيك، جاز، لأنه قد يرى الخلط أصلح له وأصوب، كما لو خاف العامل بتقديم أحد المالين في البيع والشراء رخصًا للمال الآخر، فيكون ما اشترى من السلع بين المالين على القراض.

* وهل يجوز للعامل أخذ القراض من رجل آخر؟[1]

إذا أخذ من إنسان مضاربة ثم أراد أخذ مضاربة من آخر بإذن الأول، جاز ذلك بلا خلاف نعرفه؛ وإن لم يكن بإذن الأول ولم يكن عليه ضرر، بأن كان الثاني لا يشغله عن الأول، جاز أيضًا، لأنه مالك لمنافع نفسه؛ فإن كان فيه ضرر على الأول ولم يأذن،

(1) الشرح الكبير للدردير، ج 3، ص 529 . والمغني لابن قدامة مع الشرح الكبير، ج 5 ص 155.

لم يجز ذلك لالتزامه مقتضى العقد الأول، وذلك بأن يكون المال الثاني كثيرًا يستوعب زمانه فيشغله عن التجارة في الأول، أو يكون المال الأول كثيرًا متى اشتغل عنه بغيره انقطع عن بعض تصرفاته، فلا يجوز لإخلاله بالتزامه الأول.

وقال بعض الفقهاء: يجوز للعامل أخذ قراض آخر، لأن الأول عقد لا يملك منافعه كلها، فلم يمنع من المضاربة، كما لو لم يكن فيه ضرر، وكالأجير المشترك؛ قالوا: وهو لا يصح، لأن المضاربة على الحظ والنماء، فإذا فعل ما يمنعه لم يجز، فأشبه كما لو أراد التصرف بالغبن وهو ممتنع باتفاق.

*** هل للعامل أن يشترى بالدين؟[1]**

إذا اشترى العامل سلعة للمضاربة بالدين، فإن الربح له والخسارة عليه، ولا شيء منه لرب المال؛ وذلك لأن العامل اشتراها في ذمته، وليست من مال المضاربة، فاختصت؛ لأنه إن كان فيه ربح فكيف يأخذ رب المال ربح ما يضمنه العامل في ذمته، وقد نهى عليه الصلاة والسلام عن ربح ما لم يضمن؟ ولأنه لو صح شراء العامل بالدين ليكون مضاربة لكان مستدينًا على غيره، والاستدانة على الإنسان بغير إذنه لا تجوز؛ فإن أجاز رب المال، فقيل: لم يجز، لأن العامل هو الذي ضمن الدين، فليس لرب المال ربح فيما لم يضمن، ولا يلزمه الثمن، وقيل: إن أجاز رب المال أن يكون ما اشتراه العامل للمضاربة، صحت الإجازة، وحينئذ لزمه الثمن الذي اشترى به العامل؛ ووجه هذا القول أن من اشترى شيئًا لغيره بغير إذنه، تقف صحته على إجازته؛ فإن أجاز فهو له، وإلا فهو للمشترى، فكذا هنا؛ وفي هذا القياس نظر، فإن من اشترى شيئًا لغيره فإنما اشتراه لمصلحة ذلك الغير، فمن حقه أن يقبله أو يرفضه؛ وما هنا ليس كذلك، لأن العامل اشترى في ذمته وله فيه مصلحة ثم يلزم به غيره، أو يشركه في ربح ما لم يضمن.

الركن الخامس: الربح:

وله شرطان: أحدهما: أن يكون معلومًا، والآخر: أن يكون مضبوطًا بالجزء لا بالعدد، فلا يصح عقد القراض من دون تقدير نصيب معلوم للعامل؛ فلو قال: خذ هذا المال

---

(1) الشرح الكبير بحاشية الدسوقي، جـ 3، ص 528، ونهاية المحتاج، جـ 5، ص 231، وكشف القناع، جـ 4، ص 256.

واعمل به، ولم يذكر سهم العامل من الربح، أو ذكر ما فيه جهالة، كأن يقول: لك من الربح ما شرطه فلان، والحال أن ما شرطه فلان مجهول، أو قال: اعمل به ولك من ربحه جزء أو شرك، ولم توجد عندهم عادة يعمل عليها تعين قدر الجزء المذكور، كان العقد فاسدًا، ولزم فسخه إن أدرك قبل العمل.

ولا بد أيضًا من كون التقدير بالجزء مشاعًا لا مقدرًا بعدد، فلو قال له: اعمل به ولك عشرة دنانير، كان القراض فاسدًا أيضًا، بخلاف ما إذا قال: اعمل به والربح مشترك، فإنه جائز، لأن العرف في هذا يفيد التساوي فليس فيه جهل، وكذا لو قال: فلان شريكي، فله النصف، لأن الإطلاق ينزل على ما قيده العرف، وكذا لو قال: اعمل به والربح بيننا، فإن المضاربة تصح وتكون بينهما نصفين، لأنه أضافه إليهما إضافة واحدة، فلم يترجح أحدهما على الآخر، فاقتضى التسوية، فأشبه ما لو قال: هذه الدار بيني وبينك.

ومما يمنع في القراض أن يشترط لأحدهما ربح بعض المال دون بعض، كما لو قال: لك ربح هذه الخمسمائة، أو اشترط لأحدهما ربح أحد الثوبين مثلا، أو ربح إحدى السفرتين، أو ربح تجارته في شهر أو عام بعينه، لأنه قد يربح في ذلك البعض المعين دون غيره، فيختص أحدهما بالربح، وهو مخالف لموضوع المشاركة؛ بخلاف ما إذا كان نصف الربح أو ثلثه مشاعًا في جميع المال، فإنه لايؤدي إلى انفراد أحدهما بربح شيء من المال؛ على أن العامل في المضاربة لو شرط له مقدار معلوم العدد، ربما توانى في طلب الربح لعدم فائدته منه، وحصول نفعه لغيره، بخلاف ما إذا شرط له جزء من الربح مشاع، فإن ذلك يدفعه إلى التماس فضل الله في الأرباح حيث كانت.

وبالجملة أنه متى جعل نصيب أحد الشركاء دراهم معلومة، أو جعل مع نصيبه دراهم يختص بها دون صاحبه، مثل أن يجعل لنفسه جزءًا مشاعًا وعشرة دراهم، فإن الشركة تبطل عند عامة العلماء؛ وذلك أنه إذا شرط دراهم معلومة احتمل أن لا يربح غيرها، فيحصل من شرطت له على جميع الربح، واحتمل أن لا يربحها فيأخذ من رأس المال؛ وقد يربح كثيرًا فيستضر من شرطت له الدراهم القليلة، وذلك مناف لحكمة مشروعية القراض التي هي المشاركة في ابتغاء فضل الله.

* **هل يجوز تخصيص الربح بأحدهما أو بغيرهما؟[1]**

يجوز اشتراط ربح المال كله لرب المال، أو العامل، أو غيرهما كالمساكين والمساجد ودار الشيخوخة، وغير ذلك؛ فإن شرط للمساكين ونحوهم فصدقة عليهم، وإن شرطت لرب المال فهبة لمنافع العامل له، وإن شرطت للعامل يكون رب المال قد تبرع بنصيبه من الربح له، وكل ذلك جائز، لأنه تبرع وإسقاط حقوق ممن يملكها؛ وجواز ذلك أمر مجمع عليه، وإطلاق اسم القراض عليه حينئذ مجاز؛ فإذا اشترط الربح لغيرهما - كالمساكين - لزمهما الوفاء بذلك إن كان الذي اشترط له معينًا وقبل التبرع، فيحكم له به إن امتنع الملتزم منهما، فإن لم يقبل المعين المتبرع له بالربح، فلمن يكون الربح؟

فإن كان هناك عرف يقدر ما للعامل من الربح في مثل ذلك القراض عمل به، فإن لم يكن هناك عرف، فهل يقسم الربح بينهما سوية، أو يكون كقراض وقع بجزء مبهم، فيكون فيه للعامل قراض المثل؟ في ذلك تردد.

الظاهر الأول، فيقسم الربح بينهما بالسوية، لأن عدم قبول من اشترط له صيره بمثابة الهبة لهما؛ هذا. وأما إن كان اشتراط الربح لشخص غير معين، بل اشترط لجهة أو مصلحة عامة -كالمساجد والفقراء وطلاب العلم - فإنه يجب الوفاء به من غير حاجة إلى قضاء، لأن القربات لا يقضى فيها؛ وهذا مذهب مالك وأصحابه.

وقال الشافعي وأحمد: إذا قال رب المال: خذه مضاربة واتجر به، والربح كله لك، أو: كله لي، فباطل، لأن المضاربة تقتضي كون الربح بينهما، فإذا شرط اختصاص أحدهما بالربح فقد شرط ما ينافي مقتضى العقد، ففسد، كما لو شرط الربح كله في شركة العنان لأحدهما؛ هذا إذا قال: خذه مضاربة ولك الربح كله، أو لي.

أما إذا لم يقل مضاربة، بل قال: خذه فاتجر به؛ فإن قال: الربح كله لي، فهو إبضاع، أي إرسال من رب المال مع العامل ليشتري له ما يتجر فيه، فليس من المضاربة، لأنه قرن به حكم الإبضاع فانصرف إليه؛ ثم إن الإبضاع قد يكون بأجر، فللعامل أجرته؛ وأما إن شرط الربح كله للعامل دون ذكر مضاربة، كأن يقول: خذه واتجر به والربح كله لك، فقرض لا قراض، لأن قوله خذه فاتجر به، يصلح لهما، وقد قرن به حكم القرض، وهو أخذ الربح من دون عوض، فانصرف إليه؛ وإن قال مع ذلك: فلا ضمان عليك، فهو

(1) الشرح الكبير، جـ 3، ص 523، والمغني مع الشرح الكبير، جـ 5، ص 122.

قرض شرط فيه نفي الضمان، فلا يعمل به، فلا ينتفي الضمان، كما لو صرح به فقال: خذ هذا قرضًا ولا ضمان عليك.

* ولو سكت رب المال عن نصيبه من الربح، أوسكت عن نصيب العامل، كأن يقول: لي ثلث الربح، ولم يذكر نصيب العامل، فهل يصح القراض؟ في ذلك خلاف:

فقيل: لايصح، لأن العامل إنما يستحق الربح بالشرط، ولم يشترط له شيء، فتكون المضاربة فاسدة.

وقيل: يصح، ويكون الباقي بعد نصيب رب المال للعامل، لأن الربح لا يستحقه غيرهما؛ فإذا قدر نصيب أحدهما منه، فالباقي للآخر بمفهوم اللفظ، كما فهم ذلك من قوله تعالى: ﴿وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ﴾[1]، ولم يذكر نصيب الأب، فعلم أن الباقي له؛ ألا ترى أنه لو قال: أوصيت بهذه المائة لزيد وعمرو، ونصيب زيد منها ثلاثون، علم أن الباقي كان لعمرو، فكذا هنا؛ وهذا الرأي أصح.

أحكام القراض:

أحكام القراض منها ما هو من أحكام القراض الصحيح، ومنها ما هو أحكام القراض الفاسد.

فالأول: منها ما كانت من موجبات العقد تابعة له، ومنها ما هي مختلف فيها؛ هل تابعة أم لا؟ ومنها أحكام تطرأ على العقد مما لم يكن موجبها من نفس العقد، مثل التعدي والاختلاف وغير ذلك.

فنبدأ من ذلك بأحكام هي من موجبات العقد فنقول:

1 - أجمع الفقهاء أن القراض عقد جائز، وأن اللزوم ليس من موجباته[2]، وأن لكل واحد منهما فسخه والتحلل من عقدته، ما لم يشرع العامل في العمل؛ فإن شرع بأن

---

(1) سورة النساء، الآية 11.

(2) وسبب ذلك يعود إلى قاعدة هي أن العقود قسمان:

قسم مستلزم لمصلحته عند العقد، فشرع على اللزوم تحصيلا لمصلحته وترتيبًا للمسببات على أسبابها، وهذا هو الأصل كالبيع، فإنه بمجرد العقد يتمكن كل واحد من المتعاقدين من تحصيل مصلحة الثمن والمثمن بالبيع والهبة وأنواع الانتفاع، وكذلك الإجارة وغيرها.

وقسم لايستلزم مصلحته بمجرد العقد، كالقراض والجعالة؛ فإن المقصود من القراض الربح وهو غير حاصل، بل ربما ضاع تعب العامل وخسر المال؛ ومقصود الجعالة رد الضال، وقد لا يحصل ويضيع التعب، فجعلت هذه العقود على الجواز نفيا للغرر عن المتعاقدين، لأنه قد تظهر أمارته، فلا يلزم لما يتوقع ضرره.

اشترى بمال القراض ما يحتاجه للتجارة، فلصاحب المال وحده الفسخ، وأما العامل فليس له الفسخ، بل عليه الإتمام ما لم يلتزم غرم ما اشتراه؛ فإن التزم ذلك كان له رد المال؛ فإن شرع العامل في السفر أو عمل به في الحضر، لزم أن يبقى المال تحت يده إلى نضوضه أي خلوصه في أوقات سوقه، فليس لأحدهما فسخ حينئذ إلا بالتراضي.

وإذا طلب أحدهما نضوض المال أي رجوع السلع نقودًا ليعرف قدره، وأبى الآخر ذلك وطلب الصبر لأجل ربح مترقب بنفاق سوق المال، نظر الحاكم فيما هو الأصلح من تعجيل أو تأخير، فما كان صوابًا فعله؛ ويجوز قسمة العروض بالقيمة إذا تراضوا بذلك، ويكون بيعًا.

2 - ومن أحكام القراض أنه لا يجوز للعامل أن يأخذ نصيبه من الربح إلا بحضور رب المال؛ فحضور رب المال شرط في قسمة المال وأخذ العامل حصته، وأن ليس يكفي أن يقسمه بحضور بينة ولا غيرها، وذلك لأن الربح وقاية لرأس المال، فلا يؤمن الخسران الذي يكون هذا الربح جابرًا له؛ فيخرج بذلك عن كونه ربحًا؛ فلا بد من حضور رب المال حتى يكون على بينة من الأمر، ولأن رب المال شريك العامل فلم يكن له حق مقاسمة نفسه، ولأن ملك العامل من الربح وإن ظهر فهو غير مستقر عليه، لأنه قد يعرض أن يخرج من يده لجبران خسارة المال، لأنه مهما بقي العقد على رأس المال وجب جبران خسرانه وما تلف منه بالربح.

* **الربح والخسارة في المضاربة:** المضاربة عقد على الشركة في الربح، على أن يكون العمل على المضارب؛ فرب المال فيها يستحق الربح بماله، والمضارب يستحق الربح فيها بعمله؛ وبناء على ذلك يكون الربح مشتركًا بينهما على حسب شرطهما الذي يتم الاتفاق عليه؛ ويجب فيها أن يكون نصيب كل منهما في الربح حصة شائعة منه حتى يتحقق الاشتراك في الربح، فتفسد المضاربة إذا جعل لأحدهما مبلغ معين من النقود على أي وضع.

أما الخسارة أو الوضيعة - كما يعبر بعض الفقهاء - وكذلك التلف، فنقص في رأس المال المملوك لرب المال؛ وعلى ذلك فالخسر والتلف يحدثان على ضمانه، لأن هلاك أي مال أو نقصه إنما يكون على صاحبه، إذا لم يستتبع ذلك ضمان غيره بسبب تعديه أو تفريطه.

وبناء على ذلك فلا يجوز اشتراط يقضي بالاشتراك في الوضيعة بين رب المال والعامل؛ وإذا تضمن العقد شرطًا كهذا كان فاسدًا لا تأثير له في صحة العقد، فيلغى الشرط ويصح العقد عند بعضهم، ويفسد به العقد عند آخرين، بناء على الخلاف في الشرط الفاسد، هل يقتضي فساد العقد أو لا يقتضيه؟

وقد اتفق الأئمة على أنه إذا هلك من رأس المال شيء بلا تعد ولا تفريط، وهو في يد المضارب بعد العمل فيه عند غير المالكية، أو بعد العمل وقبله عند المالكية، جبر النقص المذكور بالربح.

ومعنى جبر النقص بالربح: الذي في الباقي أن يكمل منه أصل المال، سواء كان النقص الحاصل في رأس المال بسبب خسارة أم تلف؛ والخسارة: نقص ينشأ عن تحريك المال، والتلف: هو النقص الحاصل لا عن تحريك؛ فمتى كان في مال المضاربة وضيعة أو تلف، وكان فيه ربح، جبر كل من الوضيعة والتلف من الربح؛ ولا فرق في ذلك بين ربح قد قسم وقبض، وربح لم يقبض، فيرد ما قبضه العامل من الربح جبرًا لما حدث من نقص، ويحتسب ما قبضه رب المال من رأس المال؛ وهكذا إلى أن يسلم لرب المال رأس ماله، ويكون ما بقي بعد ذلك هو الربح الذي يقسم بين رب المال والعامل على الشرط؛ وإذن فلا يستقر ملك الربح إلا بقبض رب المال رأس ماله كاملا وانفساخ المضاربة بذلك.

فإذا قبض رب المال رأس ماله كاملاً، أو تمت المحاسبة النهائية بينهما وفسخا المضاربة، عندها على رأي الحنابلة سلم للمضارب ما أخذ من الربح، ولا يسترد منه شيء بعد ذلك؛ حتى إن رب المال بعد أن قبض المال كله وفيه الخسر، لو أعاده إلى العامل فاتجر فيه، فلا يجبر الخسران السابق أو التلف بالربح الحاصل بعد إعادة المال، لأن إعادته إلى العامل بعد قبضه تعتبر قراضًا مؤتنفًا؛ وواضح أن جبر الخسارة أو التلف إنما يكون إذا بقي من المال شيء، فإن تلف جميعه فأتاه رب المال ببدله فربح الثاني، فلا يجبر ربحه القراض الأول، لأن البدل بعد تلف الأول يعتبر قراضًا ثانيا ليس امتدادا للأول[1].

---

(1) «ولصاحب المال التالف بيد العامل الإخلاف لما تلف، فيلزم العامل قبوله إن كان التالف بعضا لا كلاً، وكان التلف بعد العمل؛ فإن تلف جميع المال، أوكان قبل العمل، لم يلزم العامل قبول البدل، لأن لكل منهما الفسخ قبله؛ وإذا اشترى العامل سلعة للقراض، فذهب ليأتي بثمنها لبائعها من مال القراض، فوجد المال قد ضاع، وأبى صاحب المال الإخلاف - لكونه لا يلزمه - لزمت العامل السلعة التي اشتراها، وليس له ردها؛ بل يدفع ثمنها من ماله؛ فإن لم يكن له مال بيعت عليه السلعة، وربحها له وخسرها عليه». (الشرح الكبير للدردير، جـ 3 ص 529).

ولكن الأئمة بعد اتفاقهم على أن الخسارة والتلف يجبران من الربح، يختلفون في أسباب هلاك المال التي توجب جبره بالربح:

فقال المالكية: إن ما يصيب رأس المال من تلف أو نقص يجبر بالربح، ولو كان ذلك قبل العمل في المال، ما دام المال تحت يد المضارب؛ وإن حصل التلف بأمر سماوي، كأن يأخذ المال لص أو عشار، وسواء كان الربح والخسران وجدا في مرة واحدة، أم وجد الخسران في صفقة والربح في أخرى، أو هذا في سفرة والآخر في أخرى[1].

وذهب الشافعية إلى أن النقص الذي يحدث في مال المضاربة بتغير الأسعار أو بعيب أو بآفة سماوية؛ أو بغصب أو سرقة، مع تعذر أخذ الضمان بعد تصرف العامل، يجبر بالربح في الأصح عندهم؛ أما ما يحدث قبله فلا يجبر به، وقيل: إنما يجبر بالربح من النقص ما كان نتيجة لتصرف العامل في المال فقط[2].

وذهب الحنفية والحنابلة إلى أن ما يحدث في رأس المال من تلف لا يد للمضارب فيه، كأن حدث بآفة سماوية أو خسارة بسبب العمل فيه، وهو في يد المضارب بعد ابتداء العمل فيه، يجبر بالربح، بحيث لا يكون ربح إلا بعد كمال رأس المال كما كان.

أما ما يحدث باعتداء يستوجب الضمان، فلا يجبر بالربح؛ وكذا ما يفوت من رأس المال قبل العمل فيه بسبب تلف أو ضياع، تفسد فيه المضاربة لهلاكه قبل تمام العقد، ولا يجبر بالربح، ويكون الباقي هو رأس مال المضاربة[3]؛ هذا والمضارب نفسه لا يسأل عن الوضيعة بإجماعهم إلا إذا كان نتيجة تعديه أو تقصيره، لأنه أمين، ولا ضمان على أمين إلا بالتعدي أو التقصير. وإنما الخلاف في متى تجبر الخسارة بالربح ومتى لا تجبر؟

وهل يملك العامل نصيبه من الربح قبل القسمة وبعد الظهور؟ في ذلك خلاف:

قيل لا يملك العامل الربح بمجرد الظهور، لأنه لو ملكه لاختص بربحه، ولوجب أن يكون شريكًا لرب المال كشريكي شركة العنان، ولأن سبب الاستحقاق للربح هو العمل، فلا يستحق إلا بعد انتهائه، لأن المسبب لا يسبق السبب؛ ولكن يكون للمضارب قبل ثبوت ملكه لحصته حق يتأكد بظهور الربح، فيورث عنه لذلك، ويتقدم

(1) الشرح الكبير للدردير، جـ 3، ص 530.

(2) نهاية المحتاج شرح المنهاج لشمس الدين الرملي، جـ 5، ص 236.

(3) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، جـ 6، ص 107، وكشاف القناع، جـ 2، ص 369.

به على غرماء رب المال، ويغرمه المالك بإقدامه على إتلاف المال وربحه؛ فربح المضاربة لا يظهر ولا يملك إلا بقسمة المال بين رب المال والعامل، وقبض رب المال لرأس ماله؛ فإذا تحقق ذلك ثبت ملك المضارب لحصته مستقرًا لازمًا؛ وهذا مذهب الحنفية والمالكية والشافعية، أو المشهور عنهم[1].

وقيل إن العامل يملك حصته من الربح بمجرد ظهوره ولو لم يقسم المال، ولكنه ملك غير مستقر، ولا يستقر إلا بالقسمة، وهو مذهب الحنابلة والزيدية؛ وزاد الحنابلة المحاسبة التامة بين العامل ورب المال، فجعلوها كالقسمة في استقرار الملك بها.

ووجه هذا القول أن اشتراط الربح للعامل صحيح بالعقد فيثبت مقتضاه، وهو أن يكون له جزء من الربح؛ فإذا وجد وجب أن يملكه بحكم الشرط، كما يملك المساقي حصته من الثمرة بمجرد ظهورها؛ وأيضًا قياسًا على كل شرط صحيح في عقد، ولأن الربح بعد ظهوره مملوك، والمملوك لا بد له من مالك، ورب المال لا يملك نصيب العامل اتفاقا، ولا تثبت أحكام الملك في حقه، فلزم أن يكون للمضارب، ولأن العامل يملك المطالبة بالقسمة، فكان مالكًا كأحد شريكي شركة العنان، ولا يمتنع أن يملكه العامل؛ ويكون في نفس الوقت وقاية لرأس المال، كشأن نصيب رب المال من الربْح، إذ بهذا امتنع اختصاصه بربحه؛ ولو كان نصيب المضارب من الربح غير مملوك له، ورب المال لا يملكه، لكان سائبة، وذلك باطل[2].

3 - لا ينفسخ عقد القراض بموت العامل عند مالك، فلوارثه الأمين أن يكمله على حكم قراض مورثه؛ فإن لم يكن الوارث أمينًا فعليه أن يأتي بأمين كالأول في الأمانة والثقة؛ فإن لم يأت به لزمه تسليم المال لصاحبه هدرًا من غير شيء من ربح أو أجرة، لأن عمل القراض كالجعل، لا يستحق العامل فيه شيئا إلا بتمام العمل[3].

فإن قيل: الإجارة تنفسخ بموت الأجير لفوات ما تستوفى منه المنفعة، ولم لا ينفسخ القراض بموت العامل، والإجارة أصله؟

(1) نهاية المحتاج، جـ 5، ص 235.
(2) المغني لابن قدامة، جـ 5، ص 235.
(3) الشرح الكبير للدردير، جـ 3، ص 526 .

قلنا: الفرق أن الإجارة تستحق الأجرة فيها بقدر العمل؛ فإذا مات الأجير فلوارثه من الأجر بقدر ما عمل مورثه، دون حاجة إلى القيام ببقية العمل، أما القراض فلا يستحق فيه للعامل شيء إلا بالتمام، فكان الوارث كذلك، لا يستحق نصيب مورثه إلا بإتمام عمله؛ وفي عدم الفسخ بموت العامل في القراض ارتكاب أخف الضررين، وهما ضرر الورثة بالفسخ، وضرر صاحب المال في إبقائه عندهم؛ ولا شك أن ضرر الورثة بالفسخ أشد، لضياع حقهم في عمل مورثهم[1].

وإذا كان الوارث صبيا أو سفيهًا نظر وصيه؛ فإن لم يكن في المال فضل أوكان الربح المترقب لا يفي بأجرة من يعمل في المال، سلم المال، وإلا استأجر عليه.

وإذا كانا عاملين فمات أحدهما واشترى الآخر سلعًا بجميع المال، خير رب المال بين البقاء على القراض وبين تغريمه، لأنه لم يكن له شراء إلا بإذن صاحب العمل، لأجل موت شريكه؛ فإن اشترى قبل الموت ببعض المال، كان ورثة الميت شركاء فيما اشترى قبل موت مورثهم ويعملون معه فيه؛ وما اشترى الشريك بعد موت شريكه خير فيه رب المال بين البقاء والتغريم.

ههنا سؤال: ينتقل للوارث عمل القراض والمساقاة، وخيار البيع، والرد بالعيب، والأخذ بالشفعة، وهو كثير، ولا ينتقل إليه الإيلاء والنكاح، ولا خيار البيع إذا جعل لأجنبي وهو وارثه؛ وهذا أيضًا كثير، مع أن الجميع حق للمورث، ومن مات من حق فلورثته؛ فما الفرق؟ وما ضابط البابين، ما ينتقل للوارث وما لا ينتقل؟

الجواب: إن ضابط البابين يظهر ببيان القاعدة الآتية: وهي أن كل ما كان مالا أومتعلقًا بالمال ينتقل للوارث، لأن المال يورث، فيورث ما يتعلق به من خيار بيع وعمل قراض ومساقاة ونحو ذلك، وكل ما كان متعلقًا ببدن المورث كالنكاح، أو متعلقًا برأيه وعقله كخيار الأجنبي، لا ينتقل، لأن الوارث لا يرث عقل مورثه ولا بدنه؛ وبهذا القاعدة تظهر الفروق والضوابط بين ما يورث من الحقوق وما لا يورث.

هذا كله إذا مات العامل؛ أما إذا مات رب المال وعلم العامل بموته، والمال بيده، وكان عينًا أي نقودًا لا سلعا، امتنع عليه العمل به؛ لانتقال الحق إلى الورثة بمجرد الموت، وهم لم يأذنوا له؛ فإن حركه بعد العلم بالموت كان ضامنًا لتعديه؛ وإن لم يعلم

---

(1) الدردير، المرجع السابق، جـ 3، ص 527.

بموته حتى ابتاع سلعة مضى على حكم القراض، لأنه معذور، كالوكيل يتصرف بعد الموت وقبل العلم؛ وكذا لو سافر بالمال قبل العلم بالموت وابتاع، فيمضي على حكم قراضه.

أما إن كان المال عند الموت عرضًا - أي سلعًا - فحركه العامل، فلا ضمان عليه، وليس من حق الورثة أن يمنعوه من التصرف فيه، وهم في ذلك كمورثهم سواء[1]؛ هذا الذي تقدم هو مذهب مالك رضي الله عنه، فرأى أن القراض من العقود الموروثة، لما في فسخه من ضرر بالورثة كما تقدم.

وذهب الأئمة الثلاثة[2] إلى أن القراض ليس عقدًا يورث، بل هو عقد جائز ينفسخ بموت أحدهما كالتوكيل؛ وينفسخ كذلك بالخروج عن أهلية التصرف كالجنون والسفه.

فإن كان الذي مات أو جن هو العامل، فإن أراد رب المال ابتداء القراض مع وارثه، أو مع وصيه، جاز ذلك إن كان المال ناضا؛ فإن كان عرضًا لم يجز ابتداء القراض إلا على الوجه الذي يجوز فيه ابتداء القراض على العروض، بأن تقوم العروض ويجعل رأس المال قيمتها يوم العقد - عند من يجيز أن يكون رأس مال القراض قيمة السلعة.

وخلاصة هذا المذهب أن العقد الأول قد انتهى بموت أو جنون العامل؛ فإذا أراد رب المال استمرار القراض مع وارث العامل، فإن ذلك يعتبر ابتداء عقد جديد معه، يراعى فيه ما يراعى من الشروط عند ابتداء العقد، وليس استدامة للعقد السابق، وذلك لأن الذي كان منه العمل قد مات أو جن وذهب عمله، ولم يخلف أصلا يبني عليه وارثه، فلم يمكن استدامة العقد وبناء الوارث عليه؛ فإن لم يبتدئ الوارث ورب المال العقد على النحو الذي يصح به العقد ابتداء، لم يكن للوارث شراء ولا بيع في العروض التي تركها المورث، لأن رب المال إنما رضي باجتهاد المورث لا الوارث؛ ومقتضى هذا أن رب المال هو الذي يبيع العروض التي تركها العامل الميت؛ فإن لم يرض الوارث ببيعه رفع الأمر إلى الحاكم ليبيعه.

---

(1) راجع الباجي، جـ 5، ص 174 - 175، والزرقاني على المختصر، جـ 6، ص 222، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير.

(2) بدائع الصنائع، جـ 2، ص 112، وكشاف القناع، جـ 2، ص 258 وص 269، ونهاية المحتاج، جـ 5، ص 235 وص 237 وما بعدها.

وأما إن كان الميت هو رب المال، فليس للعامل الشراء، لأن القراض انفسخ؛ وأما بيع العروض، فإن رضي ورثة رب المال أن يأخذوا مالهم عرضًا، فلهم ذلك، لأنهم أسقطوا عن المضارب البيع وأخذوا العروض بثمنها الذي يحصل من غيرهم؛ وإن طلبوا بيع السلع وأبى العامل، قيل: يجبر عليه، لأن عليه رد المال ناضًا كما أخذه، وقيل: لا يجبر على البيع إذا لم يكن في المال ربح، أو أسقط العامل حقه من الربح، لأنه بفسخ العقد زال تصرفه وصار أجنبيًا من المال، فأشبه الوكيل الذي اشترى ما يستحق رده، فزالت وكالته قبل رده؛ والقول الأول أصح، لأن من سنة القراض أن يرد المال كما أخذ؛ وسيأتي توضيح للمسألة في انتهاء القراض.

4 - هل للعامل في القراض نفقة من المال المقارض عليه أم لا[1]؟ اختلف الناس في ذلك على أقوال:

أحدها: أنه لا نفقة لعامل القراض أصلا من مال القراض إلا بشرط أو بإذن صاحب المال، سواء كانت تجارته في الحضر أو السفر؛ وهذا قول الشافعية والحنابلة.

الثاني: له النفقة من مال القراض، سواء كانت التجارة في الحضر أو السفر؛ فقد شبهوا الحضر بالسفر.

الثالث: له النفقة في السفر دون الحضر، فإذا سافر للتجارة وتنمية المال، فإنه ينفق من مال القراض جميع نفقته كطعام وما يصلحه بالمعروف، مدة سفره ومدة إقامته ببلد يتجر فيه إلى أن يرجع إلى بلده، بشرط أن يحمل المال ذلك؛ فلا نفقة في المال اليسير، بل في المال الكثير، والكثرة والقلة بالاجتهاد؛ وعلى هذا، فلا نفقة له قبل الخروج في السفر، ولا للعامل المقيم، كما لا ينفق في تجهيزه للسفر؛ وهذا مذهب مالك، ووافقه الكثيرون في الجملة.

احتج الشافعي ومن وافقه بأن نفقة العامل تخصه فكانت عليه، لأنها على نفسه قبل العقد فتبقى عليه، كنفقة الحضر وأجر الطبيب؛ ولأنه دخل على أن لا يستحق من الربح إلا الجزء المسمى، فلا يكون له غيره، ولأن العامل لو استحق النفقة على نفسه أفضى ذلك إلى أن يختص بالربح إذا لم يربح سوى مقدار النفقة، ولأنها زيادة جهالة في الأجرة، واشتراط منفعة يختص بها العامل، وذلك مضر في القراض مفسد له؛ وأما إن

---

(1) الشرح الكبير، جـ 3، ص 530، وبداية المجتهد، جـ 2، ص 181، انظر الذخيرة للقرافي المجلد السادس.

شرط له النفقة فيصح، وله ذلك لقوله ﷺ: «الْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ»؛ فإن قدر له ذلك فحسن، لأن فيه قطع المنازعة وزوال الاختلاف؛ فإذا شرطت فإنه ينفق ما كان ينفق على نفسه غير متعد بالنفقة ولا مضر بالمال، ولا تقدير محدد للنفقة، لأن الأسعار تختلف، قد تقِلُّ وقد تكثر.

وأما مالك ومن وافقه فاحتجوا:

أولا: إن السفر لأجل المال، فتجب نفقته كأجرة الحمال والكيال والخزان.

ولقائل أن يقول: إن أجرة الحمال والكيال ونحوهما على المال قبل العقد فكانت على المال بعده، بخلاف النفقة، فإنها كانت على العامل قبل العقد فتبقى عليه بعده، لأن العقد لا يتناولها.

ثانيا: إن النفقة لو كانت على نفس العامل في السفر لاستغرقت الربح، فيضيع عناؤه؛ والجواب أن هذا منقوض بنفقة الحضر، لأن احتمال استغراق النفقة للربح حاصل في الحضر أيضًا، وأنتم لا تثبتون له النفقة في الحضر؛ وقد يرد هذا الاعتراض بأن المقيم شأنه النفقة على عياله من غير قراض، فالسفر يجدد عليه ما لم يكن في الحضر، وبهذا يظهر الفرق بين نفقة الحضر والسفر.

ثالثًا: إن الربح قبالة التجارة، والنفقة لتسليم نفسه، كالصداق والنفقة في النكاح.

والجواب أن هذا التشبيه لو صح لوجبت النفقه في الحضر أيضًا لوجود العلة فيه.

رابعًا: إن النفقة في السفر للتجارة عرف، لأن عادة السفر دون الحضر يقضى بها؛ وإذا كان عرفًا كان كاشتراطه جزءًا من الربح، إذ المعروف عرفا كالمشروط شرطًا؛ والجواب عدم تسليم العادة المذكورة؛ ثم يعارض ذلك بالقياس على الوكيل والأجير في عدم النفقة لهما؛ وبالجملة فعمدة من أثبت النفقة لعامل القراض هو العادة؛ وقد قالوا أيضًا: إن العمل كان عليه في الصدر الأول، والمخالف قد لا يسلم ذلك.

فعلى قول من أثبت لعامل القراض النفقة، له أن يؤجر من مال القراض من يخدمه في السفر، إن كان المال كثيرًا، وكان مثله لا يخدم لنفسه، وله أن يؤجر للأعمال المحتاج إليها، وله أن يكتري البيوت ووسائل النقل كالسيارات، ولكن لا ينبغي أن يهب شيئًا ولا يكافئ لعدم الإذن إذا كان ذلك كثيرًا عادة، أما اليسير الذي يتسامح بمثله الناس كإعطاء الكسرة للسائل، فذلك جائز أن يهبه للناس من مال القراض؛ وله أن يأتي بطعام

يأتي غيره بمثله، إن لم يستعمل التفضل في ذلك؛ وإذا ضم إلى المال قراضًا لغيره أو لنفسه وزعت النفقة على المالين.

وإذا كان عامل القراض له بَلَدَانِ في سفره، يقارض في أحدهما فقط، فلا نفقة له في خروجه إلى البلد الآخر ولا في رجوعه،لأنه يتردد بين بلدين من غير قراض.

وإن أخذ القراض وسافر للحج أو الغزو، فلا نفقة له، لأن خروجه لغير التجارة، إلا أن يقيم بعد قضاء ذلك العمل بالمال فينفق قدر إقامته،وينفق في الرجوع من عند نفسه.

وإن أنفق من عنده في السفر رجع في مال القراض، فإن هلك مال القراض، وقد أنفق العامل على نفسه، لم تلزم النفقة رب المال، لتعلقه بالمال دون الذمة.

وإذا خرج للقراض وقصد معه حاجة لنفسه، فلا تسقط نفقته، ووزع ما أنفق على الحاجة والقراض.

واعلم أنه تقدم أن لا نفقة في مال المضاربة إذا كان يسيرًا، ولكن لو أخذ مالين مضاربة، كل واحد منفردًا لا يحمل النفقة، ولكن يحملانها مجتمعين، قيل: له النفقة لأنهما يحملانها، والقياس عدم النفقة له، لأن كليهما يقول: مالي لا تجب فيه النفقة، وليس لغيري إدخال الضرر عليَّ؛ وكذا إذا كان أحدهما كثيرًا والآخر قليلا، فلا تجب النفقة على ذي القليل.

المشهور عن مالك أن لا نفقة للعامل المقيم، قالوا: محل هذا القول إذا كان العمل في القراض لم يقطعه عن الوجوه التي ينفق منها، فقد يكون منقطعًا عن وجوه الإنفاق قبل القراض، أما إن عطل صناعته لأجل العمل في مال القراض، فإنه ينفق كالمسافر.

حكم القراض الفاسد:

يفسد القراض باختلال شرط من شروطه أو وجود مانع من صحته؛ فإن وقع فاسدًا وعثر عليه قبل الشروع في العمل، فسخ؛ وإن عثر عليه بعد العمل، اختلفوا ما الذي يكون للعامل في واجب عمله؟ على أقوال كثيرة نذكر أهمها:

أحدها: الرد إلى قراض المثل مطلقًا، جريًا على قاعدة رد الفاسد من العقود إلى صحيح بابه، كالبيع؛ وهذا مروي عن مالك.

الثاني: الرد إلى أجرة المثل مطلقًا، نظرًا لاستيفاء العمل بغير عقد صحيح، وإلغاء الفاسد بالكلية؛ وهذا قول الأئمة الثلاثة: أبي حنيفة والشافعي وأحمد، ومروي عن مالك أيضًا[1].

الثالث: التفصيل بين ما يرد لأجرة المثل وما يرد لقراض[2] المثل، والفرق بين أجر المثل وقراض المثل: أن أجرة المثل متعلقة بالذمة، فتجب للعامل سواء ربح المال أم لا؛ وأما قراض المثل، فمتعلق بالربح، فلا يأخذه العامل إلا إذا كان في القراض ربح، وإلا فلا شيء له.

وكل ما يرجع لقراض المثل يفسخ ما لم يشرع في العمل، فإن فات بالعمل مضى؛ وما يرجع فيه لأجر المثل يفسخ أبدًا، فيأخذ العامل الأجر على ما مضى؛ ثم من الفقهاء من فصل بالحد بين ما فيه أجرة المثل وما فيه قراض المثل، ومنهم من فصل بينهما بالعد؛ وهذا التفصيل هو المعتمد في مذهب مالك.

فقد قيل في ضبط ذلك: إن كل ما كان سبب فساده خروجه عن حقيقة القراض من أصلها، ففيه أجرة المثل؛ وأما ما شمله القراض ولكنه فسد لاختلال شرط من شروطه ففيه قراض المثل؛ وقد ذكروا لذلك ضابطًا، هو أن كل منفعة اشترطها أحدهما على صاحبه ليست خارجة عن المال ولا خالصة لمشترطها، ففيها قراض المثل؛ ومتى كانت المنفعة المشترطة خارجة عن المال- مال القراض - أو كان غررا حرامًا، ففيه أجرة المثل.

* وقال بعض أصحاب مالك في ضبط ذلك: كل ما يشترط فيه رب المال على العامل أمرًا قصره به على نظره، أو يشترط زيادة لنفسه، أو شرطها العامل لنفسه، فالواجب أجرة المثل؛ وإلا فقراض المثل، وعلى هذا الضابط حددوا المسائل التي ترد إلى قراض المثل، والتي ترد إلى أجرة المثل.

ثم في سبيل تحديده منهم من سلك مسلك العد لا مسلك الضبط والحد، فذكروا أن القراض الفاسد يرد إلى أجرة المثل، إلا في تسع مسائل ففيها قراض المثل، وهذه المسائل التي فيها قراض المثل بعد الفوات بالعمل هي:

---

(1) بدائع الصنائع، جـ 6، ص 77 - 78، ونهاية المحتاج، جـ 5، ص 237 وما بعدها، وكشاف القناع، جـ 2، ص 260.
(2) الشرح الكبير، جـ 3، ص 519 وما بعدها، وبداية المجتهد، جـ 2، ص 183.

1 - أن يوكل رب المال العامل على تخليص دين، ثم يعمل بما خلصه قراضًا، أو كان القراض برهن أو وديعة عند أمين، لأن رب المال انتفع بتخليص العامل الرهن أو الوديعة؛ وهي زيادة ممنوعة في القراض فيفسد؛ أو كان على بيع عروض عند العامل، أو دفع له رب المال العروض على أن يتولى العامل بيعها ثم يعمل بثمنها، أو أمره بشراء عروض ثم وكله على بيعها ويتجر في ثمنها، أو وكله على صرف نقد ذهبا أو فضة ثم يعمل به؛ فكل ذلك قراض فاسد، وللعامل بعد العمل قراض المثل.

2 - وقراض بتبر أو فلوس، واشترط عليه صرفها دارهم ويعمل بها، ففاسد، فله أجرة المثل على الصرف وقراض المثل في ربح المال، إن كان، وإلا فلا شيء له.

3 - أو دفع رب المال دراهم معينة للعامل وطلب منه أن يشتري سلعة فلان، ثم يتجر في ثمنها بعد بيعها، فهو أجير في شرائه وبيعه، فله أجر مثله في ذلك، ثم له قراض مثله في ربح المال إن كان .

4 - وقراض قال رب المال فيه للعامل: اعمل في هذا المال ولك في الربح شرك، ولا عادة تعين قدر الجزء المبهم، أو قال له: اعمل فيه قراضًا وأطلق، ولم يتعرض لذكر الجزء أصلاً، أو قال: لك جزء أو شيء في ربحه، ولا عادة تعين المراد، فالقراض فاسد، ففيه قراض المثل؛ فلو قال: والربح مشترك، صح، لأنه ظاهر في النصف.

5 - وقراض أجل فيه العمل ابتداء أو انتهاء، كاعمل به سنة من الآن، أو إذا جاء الوقت الفلاني فاعمل به، ففاسد، لما فيه من التحجير المنافي لسنة القراض، وفيه للعامل قراض المثل.

6 - وقراض شرط فيه رب المال على العامل ضمان رأس المال إن تلف أو ضاع بلا تفريط، أو شرط أنه غير مصدق في تلفه، فقراض فاسد، لأنه ليس من سنة القراض، لإخراجه عن الأمانة، وفيه قراض المثل إن عمل؛ والشرط المذكور باطل لا يعمل به؛ فإن اشترط عليه أن يأتي له بضامن يضمنه فيما يتلف بتعديه فلا يفسد القراض بذلك، وهو جائز.

7 - وقراض قال فيه رب المال للعامل: اشتر السلع بدين في ذمتك ثم انقد، فخالف العامل هذا الشرط فاشترى بالنقد، ففيه قراض المثل في الربح، والخسارة على العامل، لأن الشرط فاسد، وقد نقد مال رب المال حالاً، فالسلع لرب المال، وللعامل قراض مثله في الربح؛ فإن لم يخالف العامل الشرط المذكور بأن اشترى بدين كما شرط فيه،

فالربح له والخسارة عليه، لأن الثمن صار قرضًا في ذمته؛ وكذا لو اشترط عليه أن يشتري بنقد فاشترى بدين؛ وأما لو شرط عليه الشراء بنقد فاشترى به كما شرط، فالجواز ظاهر؛ فالصور أربع:

فالصورة الأولى: وهي ما إذا قال له: اشتر السلع بدين في ذمتك ثم انقد، فخالف الشرط واشترى بنقد، فهذه فيها قراض المثل، والخسارة على العامل كما تقدم لتعديه بدفع المال بعد منع صاحبه.

والصورة الثانية: أن يشتري بالدين كما شرط فيه صاحب المال .

والصورة الثالثة: اشترط عليه أن يشتري بنقد فاشترى بدين، ففي هاتين - الثانية والثالثة - الربح للعامل والخسر عليه، لأن الثمن صار قرضًا في ذمته في الصورتين، وليس لرب المال إلا رأس ماله.

وأما الصورة الرابعة وهي ما لو شرط عليه الشراء بالنقد فاشترى به، فالقراض صحيح والربح على ما دخلا عليه.

8 - وقراض شرط عليه فيه ما يقل وجوده، بأن يوجد تارة ويعدم أخرى، ففاسد، وفيه قراض المثل في الربح إن عمل، وسواء خالفه واشترى غيره أو اشتراه على المعتمد؛ وأما ما يوجد دائمًا إلا أنه قليل وجوده، فصحيح ولا ضرر في اشتراطه.

9 - وقراض اختلفا في قدر الربح فيه بعد العمل، وادعى كل منهما ما لا يشبه العادة، كأن يقول رب المال: جعلت لك سدس الربح، ويقول العامل: الثلثين، وعادة الناس الثلث أو النصف؛ ففيه للعامل قراض المثل، وهذه المسألة العقد فيها صحيح، وإنما رد العامل فيها إلى قراض المثل لعدم ترجح أحدهما على الآخر؛ فإن أشبه أحدهما فالقول له، وإن أشبها معا فالقول للعامل، لترجح جانبه بالعمل؛ وأما إن كان الاختلاف بينهما قبل العمل، فالقول قول رب المال أشبه أو لا.

* **ما يجب فيه أجرة المثل:** وفي الفاسد من القراض غير ما تقدم أجرة مثله في ذمة رب المال، سواء حصل ربح أم لا، بخلاف ما فيه قراض المثل، فإنه لا يكون إلا في الربح؛ فإن لم يحصل ربح فلا شيء على رب المال كما تقدم؛ ويفرق بينهما أيضًا، أن ما وجب فيه قراض المثل إذا عثر عليه في أثناء العمل، لا يفسخ، بل يتمادى فيه، بخلاف ما وجب فيه أجرة المثل، فإنه يفسخ متى عثر عليه، وللعامل أجره فيما عمله.

وإليك طائفة من المسائل يفسد فيها القراض وللعامل أجرة مثله، من ذلك:

1 - اشتراط جولان يد رب المال مع العامل في البيع والشراء والأخذ والعطاء، فيما يتعلق بالقراض، ففاسد لما فيه من التحجير عليه، ويرد فيه العامل لأجرة المثل.

2 - قراض اشترط فيه مشاورة رب المال عند البيع والشراء، بحيث لا يعمل فيه عملاً إلا بإذنه، فيكون القراض فاسدًا، ويرد العامل لأجرة المثل، ولا يعطى الجزء الذي سمي له حال العقد.

3 - قراض اشترط فيه أمين على العامل، لأن رب المال لما لم يأتمن العامل على مال القراض وجعل عليه أمينًا، صار العامل شبيهًا بالأجير، ففي ذلك تحجير على العامل، فيرد فيه لأجرة مثله.

4 - وقراض اشترط فيه أن يكون على العامل عمل يد، كأن يشترط عليه أن يخيط ثياب التجارة، أو يخرز جلودها، ونحو ذلك من كل عمل غير لازم للعامل للتجارة؛ وباشتراط ذلك يكون القراض فاسدًا، ويرد العامل لأجرة المثل.

5 - وقراض شرط فيه رب المال على العامل أن لا يتجر إلا في المحل الفلاني لا يتعداه لغيره، كسوق أو حانوت، والحال أن العامل لم يكن جالسًا به من قبل، ففاسد للتحجير، وفيه أجرة المثل فيما عمل.

6 - وقراض اشترط عليه فيه أن لا يتجر بالمال إلا في زمن معين كالصيف أو الشتاء، ففاسد، وفيه أجرة المثل.

7 - وقراض اشترط فيه تعيين شخص للشراء أو البيع، بحيث لا يشتري شيئًا من غيره أو لا يبيع لغيره؛ فإن وقع كان فاسدًا، وللعامل أجرة مثله؛ وعلة الفساد التحجير على العامل، وهو ينافي سنة القراض.

8 - أو اشترط عليه أن يخلط مال القراض بماله، أو بمال قراض عنده لغيره، فلا يجوز بالشرط، وله أجرة المثل إذا عمل.

9 - أو اشترط رب المال على العامل أن لا يشتري بالمال المدفوع له شيئًا إلا بعد بلوغ البلد الفلاني، ثم بعد ذلك يكون له التصرف في أي محل، ففاسد، وفيه أجرة المثل إن عمل؛ وعلة الفساد فيه التحجير على العامل.

10 - أو يشترط عليه أن يشارك غيره في مال القراض؛ إن كان الاشتراط في حال العقد، فلا يجوز، وله أجرة المثل إن عمل؛ فإن كانت المشاركة من غير شرط في العقد، فذلك جائز إذا كان بإذن رب المال.

* وهذه نماذج من المسائل التي يفسد فيها القراض وللعامل فيها أجرة مثله في ذمة رب المال، وقد سبقت المسائل التي يفسد فيها القراض وللعامل فيها قراض المثل في الربح؛ وذلك مبني على القول بالتفصيل بين ما يرد لأجر المثل وما يرد لقراض المثل؛ وقد تقدم الأساس الذي بني عليه التفصيل، فكن على ذكر به ، وهو المذهب المختار عند أصحاب مالك كما تقدم.

* وأما من ذهب إلى أن الواجب للعامل في القراض الفاسد هو أجرة المثل مطلقًا، وقد علمت أنه مذهب الأئمة الثلاثة، وروي عن مالك أيضًا، فقالوا: إن الربح إن وجد فجميعه لرب المال، لأنه نماء ماله؛ وإنما يستحق العامل الربح بالشرط، فإذا فسدت المضاربة فسد الشرط، فلم يستحق به شيئًا، ولكن له أجر مثله، وذلك لأن تسمية الربح من توابع المضاربة أو ركن من أركانها، فإذا فسدت فسدت أركانها وتوابعها كالصلاة، وتمنع وجوب المسمى كما في النكاح الفاسد.

وإذا لم يجب له المسمى وجب أجر المثل، لأنه إنما عمل ليأخذ المسمى؛ فإذا لم يحصل له وجب رد عمله إليه، ورد العمل متعذر، فتجب قيمته، وهي أجر مثله، كما لو تبايعا فاسدًا وتقابضًا، وتلف أحد العوضين في يد قابضه، وجب رد بدله؛ فعلى هذا له أجر المثل في القراض الفاسد، سواء ظهر في المال ربح أو لم يظهر؛ هذا إذا كان له مسمى وكان فاسدًا؛ فإن كان القراض بغير عوض كأن يقول: والربح كله لي، فالصحيح أنه لا شيء للمضارب في القراض الفاسد، لأنه في هذه الحالة تبرع بعمله، فأشبه ما لو أعانه في شيء، أو توكل له بغير جعل.

هذا وذهب بعضهم إلى أن العامل في القراض الفاسد له الأقل مما شرط، أو أجرة المثل، لأن الأجرة إن كانت أكثر مما سمى له فقد رضي بإسقاط الزائد منها عن المسمى لرضائه به، وإن كانت أقل من المسمى لم يستحق أكثر منها، لفساد المسمى بفساد العقد، ولو استحق أجر المثل مطلقًا، ولو كان أكثر من المسمى ربما توسل إلى فساد العقد وأدى إلى الخسران.

هذا وفي المسألة أقوال كثيرة غير تلك التي ذكرنا، فما منشأ هذا الخلاف؟

ومنشأ الخلاف في وجوب أجر المثل أو قراض المثل في القراض الفاسد يرجع إلى أمرين[1]:

أحدهما: أن المستثنيات من العقود إذا فسدت، هل ترد إلى صحيح أنفسها وهو الأصل، كفاسد البيع، أو إلى صحيح أصلها؟ والمضاربة مستثناة من الإجارة، فالإجارة أصلها؛ فإذا فسد يكون المستحق أجرة المثل، ردًّا له إلى أصله، لأن الشرع إنما استثنى الصحيح من العقود لاشتماله على مصلحته الشرعية المعتبرة؛ فإذا فسد المستثنى لم توجد تلك المصلحة وبطل الاستثناء ولم يبق إلا الأصل، فيرد إليه؛ والشرع لم يستثن الفاسد، فهو مبقى على العدم، وله أصل يرجع إليه؛ وسر الفرق بين القراض والبيع، حيث يرد القراض إلى صحيح أصله إذا فسد، وأصله الإجارة، بينما الفاسد من البيع إلى صحيح نفسه، أن البيع ليس له أصل آخر يرجع إليه، فعاد إلى صحيح نفسه، بخلاف القراض فإن له أصلاً، فعاد عند الفساد إلى أصله.

وأما الأمر الآخر: فهو أن أسباب الفساد إذا تأكدت بطلت حقيقة القراض بالكلية، فتتعين الإجارة؛ وإن لم تتأكد أسباب الفساد اعتبرنا قراض المثل ردًّا له إلى صحيح نفسه؛ ثم النظر بعد ذلك في المفسد، هل هو متأكد أم لا، هو تحقيق مناط؟ وأما جعل الجميع في الربح فلرضاه بالربح، وجعل الجميع في الذمة فلسقوط العقد.

وأنت إذا تأملت المسائل التي تجب فيها أجرة المثل وجدت أن أسباب الفساد فيها قد تأكدت بسبب خروج العقد عن حقيقة القراض، بينما المسائل التي قيل في الفاسد منها قراض المثل، تجد أن أسباب الفساد لم تتأكد فيها، لأن العقد فيها اشتمل على حقيقة القراض، وإن اختل منها بعض الشروط.

اختلاف المتقارضين[2]:

الاختلاف في القراض في مواضع: ضياعه، ورده، وخسارته، وجزء الربح، وفي الذي ربحه، وقدر رأس المال، وهل هو بضاعة أو قراض أو قرض، وفي الصحة والفساد...

(1) بداية المجتهد، جـ 2، ص 183.

(2) بداية المجتهد، جـ 2، ص 184.

وقبل الكلام على تفصيل كل حالة من حالات الاختلاف في هذه المواضع نقول: إن الأصل أن عامل القراض أمين، فالقول قوله فيما يدعيه، ولو كان غير أمين في نفسه، لأن رب المال رضي بأمانته؛ ولأنه متصرف في مال غيره بإذنه لا يختص بنفعه، فأشبه الوكيل، وعلى هذا الأصل تتخرج فروع الدعاوى في هذا الباب.

1 - فإذا اختلفا في ضياع مال القراض أو خسارته، فادعى العامل تلفه أو ضياعه بسرقة أو غرق أو نحو ذلك، أو ادعى خسارة فيه، فإنه يصدق، ولكن بيمينه على المشهور، ولا ضمان عليه؛ واشترط بعضهم لتصديقه في ادعاء الخسارة أن يأتي بما يعضد دعواه، كسؤال التجار في تلك السلع، هل يخسر في مثل هذا الذي يدعيه أم لا؟ وعلى كل فالتصديق مقيد بما إذا لم يظهر كذبه في دعواه التلف أو الخسارة.

2 - وإذا ادعى العامل أنه رد مال القراض إلى ربه، وأنكر رب المال وادعى عدم الرد، صدق العامل لأنه أمين، وذلك إذا قبضه بغير بينة؛ فإذا قبض المال ببينة مقصودة للتوثق فلا يصدق في دعوى الرد إلا ببينة تشهد له برد المال، لأن القاعدة أن كل شيء أخذ بإشهاد يكون الغرض منه التوثق، لا يبرأ منه إلا بإشهاد، وبينة التوثق هي التي يشهدها الدافع على القابض خوف الجحود؛ فلو أشهدها القابض على نفسه بغير حضور رب المال، أو أشهد رب المال لا لخوف الجحود، فلا تكون بينة التوثق، فتقبل دعوى الرد، كما لو كان القبض بلا بينة أصلاً.

هذا، وذهب الحنابلة إلى أن القول قول رب المال في دعوى رد مال القراض؛ فإذا ادعى العامل رد المال إلى ربه، وأنكر صاحب المال الرد، صدق رب المال بيمينه، لأن العامل قبض المال لنفع نفسه فلم يقبل قوله في الرد، كالمستعير، ولأن رب المال منكر، والقول للمنكر، ولكن المستعير إنما قبض المال لمنفعة خاصة، وعامل القراض وإن كان متصرفا في مال غيره؛ ولكنه لا يختص بنفعه، ففارق المستعير؛ والقول بأن رب المال منكر، والقول للمنكر فيصدق في دعواه عدم الرد، يعارضه أن الأصل في عامل القراض الأمانة.

3 - وإن اختلفا، فقال العامل: الذي بيدي قراض، وقال رب المال: بل هو بيدك بضاعة بأجرة معلومة، صدق العامل بيمينه، ويأخذ الجزء المسمى؛ فإن نكل حلف رب المال ودفع أجرة البضاعة؛ وكذلك الأمر في العكس، فإذا قال العامل: المال الذي بيدي

بضاعة بأجرة، وقال رب المال: بل هو بيدك قراض بجزء معلوم، فالمصدق هو العامل بيمينه؛ والبضاعة إرسال مال مع غيره ليشتري له ما يتجر به، وقد تكون البضاعة مجانًا وقد تكون بأجرة.

ثم إن الكلام في أن المصدق هو العامل، حيث تكون المنازعة قد حصلت بعد الشروع في العمل الموجب للزوم القراض لكل منهما، وأما قبل اللزوم فلا فائدة في أن القول قول العامل، لأن لرب المال الفسخ قبله.

4 - ولو قال العامل: المال الذي بيدي قراض أو وديعة، وقال رب المال: بل غصبته أو سرقته، فالقول قول العامل بيمينه، والبينة على رب المال، لأنه مدع، والبينة على المدعي، - ولأن الأصل عدم الغصب والسرقة، ولو كان مثله يشبه أن يغصب أو يسرق.

5 - والقول للعامل كذلك إذا قال قبل المفاصلة: أنفقت من غير مال القراض، وادعى ما يشبه نفقة مثله، لأنه مأذون له في الإنفاق والتصرف، سواء حصل ربح أم لا، وسواء كان المال يمكن منه الإنفاق لكونه عينًا، أو لا يمكن منه الإنفاق لكونه سلعًا، فيأخذ ما أنفقه؛ وإن ادعى ذلك بعد المقاسمة لم يصدق، لانفصال عقد الأمانة بينهما؛ ولو بقي من المال أقل مما ادعى أنه أنفقه من ماله، فليس له إلا ما بقي، ولا شيء له على رب المال، لأن رب المال لم يأذن له في شغل ذمته، وإنما أذن له في الإنفاق من مال القراض، فليس له إلا ما بقي من مال القراض.

6 - وإن اختلفا في جزء الربح بعد العمل، فالقول قول العامل كالصانع، لأنه بائع لعمله، بشرط أن يدعي ما يشبه، سواء أشبه رب المال أم لا؛ فإن نكل صدق رب المال بيمين، فإن نكل صدق مدعي الأشبه، فإن إدعيا ما لا يشبه حلفًا ورجعا لقراض المثل.

ولو اتفقا على أنهما عقدًا على جزء معين كالثلثين ولكن اختلفا لمن هما، للعامل أم لرب المال؟ فالصدق هو العامل، لأنه البائع لعمله، والبائع هو المصدق عند الاختلاف في قدر الثمن؛ وإن اتفقا على عدم تبين أن الجزء المذكور لمن منهما، جعل لمن يشبه أن يكون ذلك له؛ فإن أشبها فالقول للعامل، لأنه بائع لعمله، ولم يرض بإخراجه من دون ذلك، ويحلف؛ وإذا كان الاختلاف في جزء الربح قبل العمل فلا يمين على واحد منهما، بل يرد المال لعدم لزوم العقد.

7 - وإن اختلفا في مقدار رأس المال صدق العامل، لأنه أمين؛ وإن ادعى أن نصف المال الذي بيده ربح، وخالفه رب المال وادعى أن الكل رأس المال، صدق العامل أيضًا لكونه أمينًا في القراض، إلا أن يقوم دليل على كذبه، كقول أهل سوقه: ليس في سلعة تلك المدة فائدة، أو تدل السلعة التي اشتريت على أن الكل رأس المال لعظمها، فيصدق رب المال.

فإن كانا اثنين، فوافق أحدهما رب العمل فيما ادعاه، ولم يوافق العامل الآخر، صدق الذي لم يوافق، لأن يده على نصف المال، وله ما يخصه من الربح، ثم إن كان الذي وافق رب المال عدلاً جازت شهادته على الآخر، لأنه لا يجر بها منفعة.

8 - وإن ادعى أحدهما صحة القراض، وادعى الآخر فساده، فالقول قول مدعي الصحة، لأنه الأصل في تصرفات المسلمين تحسينًا للظن بهم؛ فإذا قال رب المال: عقدت القراض على أن يكون لي نصف الربح ومائة تخصني زيادة على النصف المذكور، وقال العامل: بل عقدنا على النصف فقط، ونفى زيادة المائة، فالقول ما قاله العامل، لأنه يدعي ما يقتضي صحة العقد، في حين أن رب المال يدعي ما يقتضي الفساد، وهو اختصاصه بمائة، إذ لا يجوز في القراض أن يختص أحدهما بشيء معين سوى الجزء الذي تقارضا عليه؛ وفي عكس هذا يكون القول قول رب المال.

9 - وإذا قال رب المال: هو قرض عندك، وقال الذي عنده المال: بل قراض أو وديعة عندي، صدق رب المال بيمينه، لأن العامل يدعي عدم الضمان، إذ كل من القراض والوديعة أمانة، ويده فيهما يد أمانة، فلا ضمان عليه فيهما؛ وأما القرض فاليد فيه يد ضمان، وههنا قد وضع يده على المال؛ ووضع اليد ظاهر في الضمان، وهو يدعي إسقاطه بادعائه القراض أو الوديعة، فلا يصدق.

ولو قال رب المال: دفعته إليك قراضًا، وقال العامل: بل دفعته إلي قرضًا، صدق العامل،لأن رب المال هنا مدع للربح، والأصل عدم استحقاقه، فلا يصدق، بل يصدق من بيده المال باليمين.

وإذا قال رب المال: وديعة، وقال من هو عنده: قراض، صدق رب المال؛ فلو حرك العامل المال المذكور وعمل فيه بعد ذلك، فإنه يضمنه إذا تلف لتعديه؛ وإنما ضمنه لأنه يدعي على صاحب المال أنه أذن له في تحريكه، وذلك بادعائه بأنه قراض عنده، والأصل عدم الإذن، فيصدق رب المال.

فلو ضاع المال قبل العمل فيه، فلا ضمان على العامل لاتفاق دعواهما على أنه أمانة، لأن رب المال يدّعي أنه أمانة على سبيل الوديعة، والآخر يدعي أنه أمانة على سبيل القراض.

وعكس هذه المسألة أن يقول رب المال: قراض، ويقول العامل: وديعة، فالقول للعامل، لأن رب المال يدعي على العامل الربح، والأصل عدم استحقاقه؛ هذا إذ كان التنازع بعد الشروع في العمل، وإلا فالقول قول رب المال، لأن له فسخ العقد ورد المال لعدم لزومه قبله.

ولو قال رب المال: أعطيتك بضاعة بأجر، وقال العامل: بل هو قراض بجزء من الربح، صدق العامل بيمين، ولكن بشروط: أن تكون المنازعة بعد العمل لا قبله، وأن يكون مثل ذلك العامل يشتري البضاعة للناس بأجر، وأن يكون مثل ذلك المال يدفع بضاعة، وأن تزيد أجرة البضاعة على جزء الربح؛ فإن اختل شرط لم يقبل قوله ولو حلف.

* **قاعدة:** واعلم أن ما تقدم من الفروع مبني على قاعدة ضبط المدعي والمدعى عليه: قال ﷺ: «لَوْ أُعْطِيَ النَّاسُ بِدَعَاوَاهُمْ لادَّعَى قَوْمٌ دِمَاءَ قَوْمٍ وَأَمْوَالَهُمْ، لَكِنِ الْبَيِّنَةُ عَلَى مَنِ ادَّعَى وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ»؛ فليس المدعي الطالب، ولا المدعى عليه المطلوب، بل من كان قوله على خلاف الأصل أو الظاهر، فهو المدعي، وعليه البينة.

والظاهر ينقسم إلى العادة، وظاهر الحال، والقرائن الحالية، والمقالية، وكل ما أفاد ظن الصدق؛ كمدعي شغل الذمة، والأصل براءتها، كولادة الإنسان بريئًا من جميع الحقوق؛ وكمدعي الرد وقد قبض ببينة، لأن العادة أن القابض ببينة لا يعطي إلا ببينة حسنة مثلها، فالعادة تؤثر سوء الظن في الرد بغير بينة؛ وكمدعي إنفاق مال المحجور فيما لا يشبه عادته؛ فهم مطالبون، وهم مدعون، وعليهم البينة.

ومن كان قوله على وفق أصل أو ظاهر، فهو المدعى عليه، ويصدق مع يمينه، وذلك كخصوم هؤلاء المتقدمين؛ وبعبارة أخرى: المدعى عليه هو أرجح المتداعين سببا، والآخر المدعي، وعلى هذه القاعدة تتخرج فروع التداعي في القراض وغيره.

ما يجب على عامل القراض:

وعلى العامل أن يتولى بنفسه كل ما جرت العادة أن يتولاه المضارب من نشر الثوب وطيه وعرضه على المشتري ومساومته، وعقد البيع واستلام الثمن، وشد الكيس وختمه

وإحرازه، ونحو ذلك مما جرت العادة أن يتولاه العامل؛ ولا أجر له على ذلك، لا في المال ولا في ربحه، لأنه استحق الربح في مقابلته؛ فإن استأجر من يفعل ذلك فالأجر عليه خاصة، فلا يكون في المال ولا في ربحه، لأنه عمل يلزمه.

وأما ما جرت العادة أن لا يتولاه بنفسه، كالنداء على السلع، ونقلها إلى المخازن أو الحانوت، وحراستها في الليل إن كانت العادة الاستئجار على ذلك. ونحو ذلك من الأعمال؛ فإن ذلك ليس على العامل أن يعمله بنفسه، فله أن يستأجر من يعمله، وذلك لأن العمل في المضاربة غير مشروط لمشقة اشتراطه، فرجع إلى العرف فيه؛ فإن فعل العامل ما لا يلزم متبرعًا فلا أجرة له؛ فإن ادعى أنه عمله بنفسه ليرجع على رب المال بأجره، وخالفه رب المال، وادعى بأن العامل عمل ذلك تبرعًا على وجه المعروف لا ليرجع بأجرة، صدق العامل بيمين، فله الأجرة، لأنها دعوى معروف فيصدق من ينفيه بيمين؛ وقيل: بلا يمين، لأن الأصل أن الشريك إذا قام بعمل لا يلزمه فله أجر لذلك؛ هذا إذا خالفه رب المال وقال: عملت ذلك تبرعًا منك؛ أما إذا عمل العامل ما لا يلزمه من عمل المضاربة، وادعى أنه عمل ليرجع بأجر، وسكت رب المال ولم يخالفه، فللعامل الأجر من غير يمين.

وإذا غصب مال المضاربة أو سرق، فهل للمضارب المطالبة به؟ قيل: ليس له ذلك، لأن المضاربة عقد على التجارة، فلا يدخل فيه الخصومة، وقيل: له ذلك، لأن عقد المضاربة يقتضي حفظ المال، ولا يتم ذلك إلا بالخصومة والمطالبة، ولا سيّما إذا كان غائبًا عن رب المال، فإنه لا يكون مطالبًا به إلا المضارب، فإن تركه ضاع؛ فعلى هذا إن ترك الخصومة والطلب به في هذه الحال ضمن، لأنه ضيعه وفرط فيه؛ فأما إن كان رب المال حاضرًا أو علم الحال، فإنه لا يلزم العامل طلبه ولا يضمنه إذا تركه، لأن رب المال أولى بذلك من وكيله.

وإن أراد رد المال وكان عرضًا فرضي رب المال أن يأخذ بماله عرضًا، فله ذلك، لأنه أسقط البيع عن المضارب وأخذ العروض بثمنها الذي يحصل من غيره؛ أما إذا طلب رب المال البيع وأبى العامل، فهل يجبر على البيع؟ في ذلك أقوال:

أحدها: أن العامل يجبر على البيع، لأن عليه رد المال ناضًا كما أخذه.

الثاني: لا يجبر إذا لم يكن في المال ربح، وأسقط العامل حقّه من الربح، لأنه بالفسخ زال تصرفه وصار أجنبيا عن المال، فأشبه الوكيل إذا اشترى ما يستحق رده، فزالت وكالته قبل رده.

الثالث: لا يجبر العامل على بيع السلع ليرد المال، بل الأمر إلى الحاكم لينظر فيه، فيؤخر ما يرجى لسوقه نفيا للضرر عن العامل؛ وإن لم يكن لتأخيره وجه بيعت واقتسما ربحًا إن كان.

وإن نض رأس المال جمعيه لم يلزم العامل أن ينض له الباقي، لأنه شركة بينهما، ولا يلزم الشريك أن ينض مال شريكه، ولأنه إنما لزمه أن ينض رأس المال ليرد له المال على صفته، ولا يوجد هذا المعنى في الربح.

وإن كان المال دينًا لزم العامل تقاضيه، لأن التقاضي من جملة عمله الذي أخذ عليه الجزء من الربح، سواء ظهر الربح في المال أو لم يظهر؛ وقال أبو حنيفة: لا يلزم العامل التقاضي إلا أن يظهر ربح، لأنه في هذه الحالة لا غرض له في العمل، فهو كالوكيل؛ والصحيح الأول، لأن المضاربة تقتضي رد المال على صفته، والديون لا تجرى مجرى الناض، فلزمه أن ينضه، كما لو ظهر ربح، وكما لو كان رأس المال عرضًا؛ وعامل القراض يفارق الوكيل، فإنه لا يلزمه رد المال كما قبضه، ولهذا لا يلزمه بيع العروض؛ فإن اقتضى من الدين قدر رأس المال، أوكان الدين قدر الربح فقط أو دونه، لزم العامل تقاضيه أيضًا، لأنه إنما استحق نصيبه من الربح عند وصوله إليهما على وجه يمكن قسمته، ووصول كل واحد منهما إلى حقه، ولا يحصل ذلك إلا بعد تقاضيه؛ وللعامل أن يترك التقاضي إذا سلم لرب المال نصيبه من الربح؛ وسيأتي الكلام على ذلك في انتهاء المضاربة.

تصرف رب المال في مال المضاربة[1]: إذا تصرف رب المال في مال المضاربة، فإن كان ذلك بإذن من المضارب إعانة له، صح تصرفه ولم يؤثر ذلك في المضاربة؛ أما إذا لم يأذن له المضارب، كأن يتولى بنفسه تحريك المال، فلا يجوز، فإذا باع سلعة من سلع القراض بغير إذن العامل، فللعامل ردها، وذلك لأنه هو الذي يحرك المال وينميه، وله

(1) انظر في هذه المسألة وما يليها: الخرشي على المختصر، جـ 5 ص 247.

الحقَ فيما يرجوه من الربح، فلا يجوز لرب المال أن يتدخل فيما هو حق للعامل إلا بإذنه؛ فإذا أذن له كان ذلك إسقاطا لحقه، فجاز؛ وهذا قول المالكية.

وذهب الحنفية إلى أن رب المال إذا باع سلع المضاربة بمثل قيمتها أو بأكثر، جاز بيعه ونفذ، ولو لم يأذن له العامل؛ وإذا باع بأقل من قيمتها، ولو بما يتغابن فيه الناس عادة، لم يجز، إلا أن يجيز ذلك المضارب، لأن جواز بيع رب المال عن طريق الإعانة للمضارب، إذ الأصل أن تحريك رأس المال والعمل فيه من حق المضارب، وليس من الإعانة إدخال النقص عليه، بل هو استهلاك، فلا يتحمله العامل إذا باع بأقل من قيمتها، ولو كان مما يتغابن الناس فيه.

ووجه قول الحنفية أن المضارب وكيل عن رب المال في التصرف، والقاعدة أن إقامة وكيل في تصرف لا يسلب الموكل الحق في مباشرته، ما لم يضره بأن باع بأقل من قيمته؛ فالمضارب عندهم لا يملك منع رب المال، وهو المالك عن تنفيذ إرادته في ملكه، بناء على حق يحتمل الثبوت والعدم، وهو الربح؛ غير أن للعامل الحق في معارضة رب المال إذا أراد التصرف في المال بغير إذنه، وأن يحول بينه وبين إنفاذ تصرفه، إذا رأى في تصرفه في المال ضررًا له؛ ووسيلته إلى ذلك هي أخذ السلع لنفسه، ورد رأس المال إلى صاحبه مع ما يظهر له من الربح إن كان؛ فإذا تصرف رب المال واعترضه العامل، قيل للعامل: إذا أردت منعه من التصرف في السلع رد عليه ماله وربحه إن كان فيه ربح، وعند ذلك يسلم لك المتاع.

تصرف المضارب مع رب المال: المضارب وكيل عن رب المال في التصرف، وإن الملك ثابت لرب المال؛ وبناء على ذلك ذهب بعض الفقهاء إلى أنه لا يجوز للمضارب أن يشتري سلعة بمال المضاربة من رب المال، ولا يبيع له سلعة، لما في ذلك من المبادلة بين مالين لمالك واحد، وهو غير جائز؛ كما لا يجوز التصرف مع مضارب بمال آخر لنفس رب المال، للسبب المذكور.

وذهب المالكية إلى أنه يجوز لرب المال أن يشتري من المضارب سلعة من سلع المضاربة نقدًا أو إلى أجل، بشرط أن يكون قصده في ذلك صحيحًا، بأن لا يتوصل بالشراء منه إلى أخذ شيء من الربح قبل المفاصلة في القراض، وأن لا يكون ذلك شرطًا عند العقد، وإلا منع؛ وصحة قصده تعرف بأن يشتري منه كما يشتري من غيره بغير محاباة؛ وإنما صح الشراء له لرب المال، لأن القراض لما تعلق به حق المضارب صار كأنه

مال غيره؛ وأما شراء العامل من رب المال سلعًا للقراض، فلا يجوز عند المالكية، سواء كان ذلك قليلا أو كثيرًا؛ وعللوا منع ذلك بأنه يؤدي إلى القراض بالعروض، لأن دفع الثمن إلى صاحب رأس المال يعد ردًّا لرأس المال إلى ربه، وينتهي الأمر بناء على ذلك بدفع المبيع إلى العامل ليقارض فيه، وهو عرض، والقراض بالعرض لا يجوز؛ فكأن شراء السلع من صاحب المال تحيُّل على القراض بعرض، لرجوع رأس المال لصاحبه؛ والمشهور كراهة ذلك لا حرمته.

وأما الحنفية فذهبوا إلى جواز الأمرين: أي جواز أن يشتري رب المال من المضارب، والمضارب من رب المال؛ ووجه هذا القول هو أن لرب المال حق الرقبة في مال المضاربة، ولا يملك التصرف؛ فهو في حق التصرف كالأجنبي، إذ التصرف للمضارب، حتى لا يملك رب المال منعه منه ما دامت المضاربة قائمة، فكان مال المضاربة في حق كل منهما كمال الأجنبي، فجاز الشراء بينهما؛ ولهذا لو اشترى المضارب دارا للمضاربة بجوار عقار لرب المال، كان لرب المال شفعتها؛ والحنفية يثبتون الشفعة بالجوار، لأن الشراء وإن كان له في الحقيقة، لكنه في الحكم كأنه ليس له، بدليل أنه لا يملك انتزاع الدار من المضارب، ولذا جاز أخذها بالشفعة من المضارب.

ما يملكه المضارب من التصرف: المضارب وكيل عن رب المال إذا تصرف في مال المضاربة، وعمله هو التجارة في رأس المال، وعلى ذلك يكون له من التصرف في رأس المال ما تتطلبه التجارة عرفًا، ويتقيد مع ذلك بما يقيده به رب المال؛ وعلى الجملة، فتصرف العامل: منه نوع يملكه عرفًا، ونوع لا يملكه إلا إذا أذن له رب المال، ونوع يمتنع عليه، لما فيه من محظورات الشرع؛ وإليك توضيح ذلك وشرحه:

* أما الأول فهو التصرف الذي يملكه العامل بمقتضى عقد المضاربة، وذلك جميع ما تتناوله أعمال التجارة عادة؛ فيملك البيع والشراء، ويملك التوكيل فيهما، وإن لم يؤذن له بذلك، بخلاف الوكيل، لأن العمل في التجارة يقتضي ذلك؛ والمضاربة وإن كانت وكالة إلا أن العامل فيها شريك وليس وكيلا محضا، فكان له لك.

وله الشراء بالغبن اليسير الذي يتغابن الناس به عادة، لأنه وكيل، وشراء الوكيل بما يتغابن فيه الناس عادة جائز؛ نعم لا يجوز له الشراء بما لا يتغابن به، فإن فعل ذلك كان مشتريا لنفسه لا على المضاربة.

وله أن يستأجر من يعمل في المال، ويستأجر البيوت ووسائل النقل كالسيارات والشاحنات والسفن وغيرها للحاجة إلى ذلك.

وله أن يرهن ويرتهن؛ وله أن يدفع المال بضاعة، لأنه يملك الاستئجار، فكان الإبضاع أولى بالجواز، لأن الإبضاع قد يكون مجانًا؛ وله إيداع مال القراض عند أمين إن دعت الحاجة إلى ذلك.

وله تأخير أداء الثمن إذا باع حالا، لأن ذلك من عادة التجار؛ وله أن يحيل وأن يقبل الحوالة.

وله أن يشتري المعيب إذا رأى المصلحة فيه، لأن المقصود الربح، وقد يكون الربح في المعيب؛ فإن اشترى شيئًا يظنه سالمًا فبان معيبًا، فله فعل ما يرى فيه المصلحة من رده أو إمساكه وأخذ الأرش، على ما تقدم في البيوع؛ فإذا اختلف العامل ورب المال في الرد بالعيب، فطالبه أحدهما وأباه الآخر، فعل ما فيه النظر والحظ، لأنه المقصود تحصيله، فيحمل الأمر على ما فيه الحظ؛ وقيل: الكلام للعامل مطلقًا، فله رد المعيب؛ ولو أبى رب المال الرد، وأراد بقاءه للقراض، فلا كلام لرب المال في ذلك، لتعلق حق العامل بما في السلعة من زيادة، فله النظر وحده، حتى ولو كان العيب قليلا والشراء به فرصة، لأن قبول السلعة أو رفضها من الأعمال التجارية، وذلك من اختصاص العامل.

وله أن يبيع عروض القراض بعروض، ولا محذور في ذلك، لأنه شريك، والشريك له أن يبيع بالعروض ما لم يظن كسادها؛ وذلك لأن القراض وإن كان توكيلا على تجارة، والوكيل لا يبيع بالعروض، إلا أن عامل القراض لما كان شريكًا في الربح قوي جانبه، فجاز له بيعه بذلك؛ وهذا القدر لا يختلف الناس في أنه للعامل، سواء شرط له ذلك أم لا.

وبالجملة فإن جميع ما تتوقف عليه التجارة وتحريك المال دون أن يكون فيه مخاطرة بالمال، فإنه من حق العامل، فيملكه بمقتضى العقد، سواء شرط له فيه أم لا.

* وأما النوع الذي لا يملكه العامل بمقتضى العقد، بل لا بد فيه من إذن صاحب المال، فمنه تصرفات اختلف الناس في اشتراط إذن صاحب المال فيها، ومنه ما اتفق الناس على أن العامل لا يملكها إلا بإذن رب المال؛ فمن الأول:

1 - هل يملك العامل أن يبيع مال القراض بنسيئة؟ ولبيان ذلك نقول: إذا نهى رب المال عن البيع بنسيئة امتنع بيعه بالنساء، فلا يجوز أن يخالفه العامل، لأنه متصرف

بالإذن، فلا يتصرف في غير ما أذن له فيه كالوكيل، ولأن البيع بالنسيئة يعرض المال، للضياع؛ فإن خالف وباع كذلك وضاع المال، لزمه الضمان لتعديه.

وإن أطلق العقد، ولم ينه عن ذلك ولم يأذن بأن سكت، فلا خلاف في جواز بيعه، حالا؛ ولكن هل يجوز له بيعه نسيئة؟ في ذلك قولان:

أحدهما: ليس للعامل أن يبيع نسيئة من مال القراض، لأنه نائب في البيع عن رب المال، فلم يجز له ذلك من غير إذن صريح كالوكيل؛ وذلك لأن النائب لا يجوز له التصرف في المال إلا على وجه الحظ والاحتياط، وفي البيع بالنسيئة تغرير بالمال، وقرينة الحال تقيد مطلق الكلام، فيصير كأنه قال له: بعه حالاً؛ فإذا باع بنسيئة وضاع المال لزمه الضمان، فالخسارة على العامل، وإن ربح فالربح لهما؛ وهذا مذهب مالك والشافعي وصاحبي أبي حنيفة ورواية عن أحمد.

الثاني: يجوز له البيع نسيئة ما لم ينه عنه صاحب المال صراحة، لأن إذنه في التجارة والمضاربة ينصرف إلى التجارة المعتادة، وهذا عادة التجار، ولأن القراض يقصد به الربح، والربح في النسيئة أكثر غالبًا.

ثم القراض ينافي الوكالة المطلقة، لأنها لا تختص بقصد الربح، وإنما المقصود فيها تحصيل الثمن فحسب، فإن أمكن تحصيله من غير خطر كان أولى، ولأن الوكالة المطلقة في البيع تدل على أن حاجة الموكل إلى الثمن ناجزة، فلم يجز تأخيره، فامتنع فيها البيع بالنسيئة بخلاف المضاربة.

هذا كله إذا لم يأذن له في البيع نسيئة، بأن سكت عند العقد كما تقدم، فإن قال له: اعمل برأيك، أو قال له: تصرف كيف شئت، فله البيع بالنساء عند جمهور الأئمة؛ وقال الشافعي: ليس له البيع بالنساء ولو قال له ذلك، لأن في البيع بالنسيئة غررًا، والغرر منهي عنه شرعًا، فلم يجز؛ فلا فرق عنده بين أن يسكت، أو يقول له: اعمل برأيك، في المنع من البيع نسيئة؛ والصحيح قول الجمهور، لأن قوله اعمل برأيك أو ما شابه ذلك، يدل على رضائه برأيه في صفات البيع وفي أنواع التجارة؛ والبيع بالنسيئة من جملة أنواع التجارة، وقد أذن له فيه.

ثم إذا قلنا له البيع نسيئة فيقع صحيحًا، فإنه مهما ضاع من الثمن لا يلزمه ضمانه إلا أن يفرط، كأن يبيع ممن لا يوثق به أو ممن لا يعرفه، فيلزمه ضمان الثمن لتفريطه؛ أما إذا

قلنا ليس له البيع نساءً، فإنه يقع باطلاً، لأنه فعل لم يؤذن له فيه، فأشبه ما لو باعه أجنبي عدوانًا.

2 - هل يجوز لعامل المضاربة السفر بالمال؟ في ذلك خلاف؛ فقيل: لا يجوز السفر بمال القراض، لأن في السفر به تغريرًا وخطرًا على المال، ولا يجوز التغرير بالمال بغير إذن مالكه؛ فإن أذن له المالك جاز باتفاق، لرضا مالكه؛ فإن سافر به بلا إذن وضاع المال أو تلف، لزم الضمان لتعديه؛ وهذا قول الشافعي.

والقول الراجح أن له السفر بالمال إذا لم يكن سفرًا مخوفا، لأن الإذن المطلق بالعمل في المال ينصرف إلى ما جرت العادة به، والعادة جارية بالتجارة سفرًا أو حضرًا، ولأن المضاربة مشتقة من الضرب في الأرض، فملك المضارب السفر بالمال بمطلق الإذن بالتجارة، وهذا قول مالك وأحمد، وحكي عن أبي حنيفة.

وهذان القولان في القراض المطلق بلا إذن بالسفر بالمال أو بلا نهي عنه؛ أما إن أذن فيه أو نهى عنه، أو وجدت قرينة دالة على أحد الأمرين، تعين ذلك؛ فجاز مع الإذن، وحرم مع النهي، بشرط أن يكون نهيه عن السفر بالمال قبل شغله بشرائه به سلعًا، فإن لم يحصل حجر أصلاً، أو حصل بعد تحريك المال وشغله، فليس لرب المال منعه؛ فإن منعه بعد تحريك المال وسافر به العامل لم يضمن إذا تلف أو ضاع، بخلاف ما إذا حجر عليه من السفر به قبل شغله وتحريكه، فإنه لا يجوز السفر به؛ فإن سافر وتلف المال أو ضاع بسبب السفر به، لزمه ضمانه لتعديه.

هذا، وليس له السفر بالمال في موضع مخوف على كلا القولين السابقين؛ وكذا إن أذن له في السفر وأطلق، لم يجز له السفر في طريق مخوف ولا إلى بلد مخوف؛ فإن فعل فهو ضامن لما يتلف، لأنه متعد بفعل ما لم يكن له فعله.

3 - هل لعامل القراض أن يعطي مال المضاربة أو بعضه لشخص آخر يضارب فيه؟[1]

لا يملك المضارب دفع مال المضاربة إلى آخر ليضارب فيه بغير إذن رب المال، لأن العمل في القراض مبني على الأمانة، ورب المال قد لا يرضى بأمانة العامل الثاني، ولأن دفع المال إلى شخص آخر من دون إذن صاحبه يوجب في المال حقًّا لغير مالكه، ولا يجوز

(1) الشرح الكبير للدردير، جـ 3 ص 522 وما بعدها، والخرشي، جـ 5، 247 .

إيجاب حق في مال إنسان بغير إذنه؛ ثم إن وقع ذلك ولم يتلف المال ولا ظهر فيه ربح، رده إلى مالكه ولا شيء له ولا عليه، لأن القاعدة أن عامل القراض لا شيء له إذا لم يحصل له ربح؛ وإن حصل تلف المال عند الثاني أو خسر، فعلى من يكون الضمان، على العامل الأول أم الثاني؟ فقيل: الضمان على العامل الأول، لأنه الذي عرض المال للضياع، إذ رب المال لم يستأمن غيره، وقيل: الضمان على كلا العاملين، فلرب المال مطالبة من شاء منهما برده إن كان باقيا، ورد بدله إن تلف.

ثم إن طالب رب المال العامل الأول وغرمه قيمة التالف، فهل للأول أن يرجع على العامل الثاني؟ إن لم يكن الثاني عالمًا بالحال، فلم يكن يعلم أنه دفع إليه مال غيره من دون إذنه لم يرجع الأول إذا غرم على الثاني بشيء، لأنه دفع إليه المال على وجه الأمانة ليقارض به، فلم يكن يعلم أنه متعد، فلا ضمان عليه بالتلف أو الخسر؛ وإن كان الثاني يعلم أن العامل الأول دفع إليه مال غيره من دون إذنه، وضاع المال أو خسر في يد الثاني، فإن الأول يرجع على الثاني إذا غرم، لأنه بعلمه بالحال يكون قد قبض مال غيره على سبيل العدوان، وقد تلف تحت يده، فاستقر عليه ضمانه.

وأما إن طالب رب المال العامل الثاني من البداية، وغرمه المال التالف بيده، فهل يرجع الثاني على الأول؟

الجواب: إنه إن كان يعلم بالحال، وأن المقارض الأول دفع إليه مال غيره من دون إذنه، وغرَّمه صاحب المال، فإنه لا يرجع على الأول، لأن المال ضاع تحت يده، وقد قبض على سبيل العدوان، لعلمه بالحال، فلا حق له بالرجوع على الأول؛ وإن لم يكن يعلم بالحال، فقيل: لا يرجع على الأول أيضًا إذا غرمه، لأن التلف حصل بيده فاستقر الضمان عليه، إذ الأول وإن كان قد غر الثاني بدفع مال الغير إليه من دون إعلامه، ولكن التلف حصل بيد الثاني، فالأول هو المتسبب، والثاني المباشر للتلف، والمباشر أقوى من التسبب.

وقيل يرجع على الأول، لأنه غره حيث لم يعلمه بأن المال لغيره، وأنه دفعه إليه من دون إذن صاحبه، هذا كله إذا لم يربح المال في يد العامل الثاني أو تلف في يده.

* أما إذا ربح المال عنده، فلا شيء للعامل الأول من الربح لتعديه بدفع المال إلى غيره من دون إذن المالك، ولأن القراض جعل لا يستحق فيه شيء إلا بتمام العمل وحصول

الربح، والعامل الأول لم يعمل فلا ربح له، وهذا لاخلاف فيه؛ ثم اختلف الناس بعد ذلك في لمن يكون الربح؟

فقيل: الربح بين رب المال والعامل الثاني؛ فإن دخل العامل الأول مع الثاني في الجزء المقدر له من الربح على مثل ما دخل عليه الأول مع رب المال، بأن دخل العامل الأول على النصف والثاني كذلك، فالأمر ظاهر؛ فيأخذ العامل الثاني ما شرط له؛ فإن دخل معه على أكثر مما دخل عليه مع رب المال، فإن العامل الأول يغرم للعامل الثاني الزيادة التي اشترطها له، كما لو دخل العامل الأول على النصف، ودفعه لعامل يعمل فيه بالثلثين، فإن الأول يغرم للثاني الزيادة التي هي الفرق بين النصف المشروط للعامل الأول والثلثين المشروطين للعامل الثاني، وهي مقدار سدس الربح.

وإن دخل معه على أقل، كما لو دخل العامل الأول مع رب المال على النصف، ودفعه للعامل الثاني على الثلث، فالزائد لرب المال، لأنه نماء ماله، وليس للعامل الأول شيء، لأنه لم يعمل، ولأنه تعدى بدفع المال إلى غيره من دون إذن؛ ولا يكون الزائد للعامل الثاني، لأنه أخذ ما شرط له؛ هذا مذهب مالك وأصحابه.

وقيل: إن الربح الناشئ من عمل العامل الثاني كله لمالك المال، وليس للمضارب الأول من الربح شيء، لأنه لم يعمل، ولأنه تعدى؛ ولا شيء كذلك للعامل الثاني، لأنه عمل في مال غيره بغير إذنه ولا شرطه، فلم يستحق ما شرطه له غير مالك المال، فأشبه ما لو دفع إليه الغاصب مضاربة؛ ولأن العامل لم يستحق ما شرطه له رب المال في المضاربة الفاسدة، فما شرطه له غيره بغير إذنه أولى بعدم استحقاقه.

ولكن إذا لم يكن للعامل الثاني نصيبه من الربح، فهل له أجر مثله على عمله؟

قيل: نعم، لأنه عمل في مال غيره بعوض لم يسلم له، فكان له أجر مثله كالمضاربة الفاسدة.

وقيل: لا شيء له، لأنه عمل في مال غيره بغير إذنه، فأشبه الغاصب.

وقيل بالتفصيل: فإن كان هذا العامل الثاني عالمًا بالحال، بأن كان يعلم أن الأول دفع إليه مال غيره من دون إذنه، فلا شيء له لكونه شريكًا في التعدي؛ وإن كان يجهل الحال عند أخذه للمال مضاربة من العامل الأول، فله أجر مثله، ولكن يرجع به على العامل الأول، لأنه الذي غرَّه واستعمله بعوض لم يسلم له، فكان أجره عليه، كما لو استعمله في مال نفسه على هذا النحو.

* هذا الذي تقدم فيما كان من دون إذن رب المال؛ فإن أذن رب المال بدفعه لعامل آخر يعمل فيه، جاز ذلك، ولا نعلم في ذلك خلافًا، ويكون المضارب الأول وكيل رب المال في ذلك؛ فإن دفعه إلى آخر ولم يشترط لنفسه شيئًا من الربح كان ذلك صحيحًا بلا خلاف؛ وإن شرط لنفسه شيئًا من الربح، فقيل: لا يصح، لأن المضارب الأول ليس من جهته مال ولا عمل، والربح إنما يستحق بواحد منهما، فلا نصيب للأول من الربح، بل يكون الربح لرب المال والعامل الثاني، وقيل: يجوز أن يشترط المضارب الأول لنفسه جزءًا من الربح، بشرط أن لا ينقص نصيب رب المال من الربح.

فإذا أذن صاحب المال للمضارب إعطاء مال المضاربة لشخص آخر يضارب فيه، وأعطاه لمن يعمل فيه، واشترط لنفسه جزءًا من الربح مع العامل الثاني، صح ذلك؛ وفي هذه الحالة يكون لرب المال ربحه على حسب شرطه في عقد المضاربة الأولى، وما يبقى من الربح بعد ذلك يكون بين المضارب الأول والثاني على حسب شروطهما في عقد المضاربة الثاني، إذ لا يستطيع المضارب الأول أن ينقص نصيب رب المال من الربح، فإذا كان الربح في العقد الأول مناصفة، وكان كذلك في العقد الثاني، لم يكن للمضارب الأول شيء، وكان النصف لرب المال، والنصف الآخر للمضارب الثاني؛ وإذا كان الشرط في العقد الثاني أن يكون للمضارب الثاني الثلث، كان السدس للمضارب الأول، وهكذا.

* وكذلك يكون الحكم فيما إذا شارك المضارب الأول غيره بمال القراض بإذن صاحب المال، فإنه يكون لرب المال ما شرطه لنفسه من الربح أولا، وما بقي يكون مشتركًا بين المضارب الأول وشريكه حسبما اتفقا عليه؛ هذا مذهب الجمهور، المالكية والحنفية والحنابلة في الجملة، وإن كان أكثرهم لا يجعلون للعامل الأول نصيبًا من الربح إذا قارض غيره، ولو بإذن رب المال، بل هو وكيل عن رب المال؛ والآخرون يجعلون له نصيبًا إذا شرط لنفسه.

ولو قال رب المال: اعمل برأيك، أو بما أراك الله، أو نحو ذلك، فهل يعتبر ذلك تفويضًا من المالك وإذنًا للمضارب بإعطاء مال المضاربة لشخص آخر يضارب فيه؟ قيل: نعم، لأنه قد يرى غيره أبصر منه في التجارة وتحصيل الربح، وهو المقصود من المضاربة، وقيل: لا، لأن قوله اعمل برأيك، أو بما أراك الله، ونحو ذلك، يعني الإذن والتفويض في

كيفية المضاربة والبيع والشراء وأنواع التجارة، فلا يتناول ذلك الإذن بدفع المال مضاربة لعامل آخر.

هذا، وذهب الشافعية إلى أنه لا يجوز للعامل أن يقارض آخر ليشاركه في العمل والربح، على الأصح في المذهب، ولو كان ذلك بإذن رب المال، لأن القراض شرع على خلاف القياس، وما شرع على خلاف القياس لا يتوسع فيه؛ وموضوع القراض المشروع أن يكون أحد العاقدين مالكًا لا عمل له، والآخر عاملاً ولو متعددًا لا ملك له، فلا يعدل عن ذلك المشروع إلى أن يعقده عاملان بين أنفسهما؛ ولكن محل المنع إنما هو بالنسبة إلى العامل الثاني، أما الأول فالقراض باق في حقه؛ فإن تصرف الثاني فله أجر مثله، والربح كله لرب المال، لأنه نماء ماله، ولا شيء للعامل الأول، إذ لم يعمل شيئًا.

والقول الآخر عند الشافعية: جواز أن يقارض العامل الأول شخصًا آخر قياسًا على جواز أن يقارض رب المال شخصين ابتداء؛ هذا كله إذا فعل ذلك بإذن صاحب المال، أما إن فعل ذلك بغير إذن رب المال، فإن عمله يكون فاسدًا مطلقًا، سواء أقصد المشاركة في عمل أو ربح، لأن رب المال لم يرض لأن يعمل في ماله غيره.

4 - هل يجوز لرب المال أن يدفع إلى العامل قراضين في وقت واحد أو متعاقبين؟[1]

يجوز لمن أراد القراض أن يدفع إلى المقارض الواحد مبلغين في وقت واحد، ليعمل في كل مبلغ على حدته، سواء أكان شرط الاشتراك في الربح متفقًا فيهما كالنصف من ربح كل منهما، أو مختلفا كالنصف من ربح هذا والثلث من ربح الآخر، وسواء كان الربح فيهما لهما، أو ربح أحدهما لأحدهما بعينه، وربح الآخر لهما معًا، أو ربح هذا لرب المال وربح الآخر للعامل؛ كل ذلك جائز، إذا اشترط رب المال خلط المالين عند دفعهما والعقد عليهما، إذ ينتهي الأمر إلى قراض واحد، فيرجع إلى جزء واحد معلوم، فلا تهمة حينئذ.

فإن لم يشترط الخلط عند العقد، جاز القراض في المبلغين على حدته عند اتحاد الجزء المشترط من الربح في المالين؛ فإن اختلف الجزء المشترط من الربح في المالين، كأن يشترط في أحدهما المناصفة وفي الآخر الثلث والثلثين، فلا يجوز، لوجود التهمة

---

(1) الشرح الكبير، جـ 3 ص 530، والخرشي جـ 5 ص 247، وكشاف القناع، جـ 2 ص 264.

اللاحقة بالمقارض، وهي أن يعمل فيما جعل له فيه ربح أكثر، ويهمل العمل في الثاني، بخلاف ما إذا اتحد الجزء المشترط في المالين، إذ لا تهمة في أن يعمل في أحد المالين أكثر.

فإن كان العقد عليهما في وقتين متعاقبين، وكان ذلك قبل العمل في المال الأول، صح إن شرط الخلط، لانتهاء الأمر إلى قراض واحد أيضًا بجزء واحد معلوم، فلا تهمة.

فإذا لم يشترط الخلط عند العقد على الثاني، لم يجز القراض الثاني، إذا كان الجزء المشترط فيه من الربح مخالفا لما اشترط في الأول للسبب السابق، وهو احتمال إهمال العمل في أحد القراضين، كما تقدم.

أما إذا كان دفع المال الثاني بعد العمل في الأول، فإن القراض الثاني يجوز، بشرط عدم الخلط، ولو مع اختلاف الجزأين، إذ يكون كل منهما قراضًا مستقلا، فلا يجبر ربح أحدهما خسارة الآخر.

أما إذا شرط الخلط عند دفع المال الثاني بعد العمل بالأول، فلا يجوز القراض الثاني، إذ قد يخسر فيه، فيلتزم أن يجبر بربح الأول، وهما عقدان مختلفان.

وإذا كان العقد الثاني بعد أن نض المال في الأول، بأن دفع إليه مالا ثانيا بعد نضوض الأول بيده، ليعمل فيه مع الأول، جاز، لأنه يجوز أن يضيف إلى ذلك المال الناض مالا، ليكون الجميع رأس مال قراض جديد بشروط جديدة، ولكن بشرط أن يكون ما نض من الأول مساويا لرأس المال، من غير زيادة ولا نقصان، لأنه إن نض بربح قد يضيع على العامل ربحه، وإن نض بخسر فقد يجبر بالثاني خسر الأول؛ هذا تفصيل مذهب مالك[1].

هذا، وقد ذهب الحنابلة إلى أن المقارض إذا أخذ مبلغين من رب المال في وقتين متعاقبين بعقدين مختلفين، لم يخلطهما بغير إذنه، لأنه أفرد كل مبلغ بعقد، فلا يجوز أن تجبر الوضيعة في أحدهما بربح الآخر؛ أما إذا أذن له في ذلك وكان ذلك قبل التصرف في المال الأول، فإنه يجوز حينئذ خلط المالين والعمل فيهما جميعًا؛ وإن أذن بذلك بعد النضوض في الأول، جاز أيضًا، وصار المالان رأس مال لقراض واحد؛ أما إذا

---

(1) الخرشي، ج 6، ص 212، والشرح الكبير للدردير، ج 3، ص 522،

كان الإذن بالخلط قبل أن ينض رأس مال الأول، وكان بعد العمل فيه، فلا يجوز الخلط، ولو مع إذن رب المال، لأن حكم العقد الأول قد استقر، فكان ربحه ووضيعته مختصين به، وعندئذ يكون اشتراط الضم مفسدًا للعقد الثاني[1].

5 - هل يجوز لعامل القراض أن يشتري سلعة للقراض نسيئة؟[2] لا يجوز لعامل القراض أن يشتري سلعة للقراض نسيئة، أي بدين في الذمة، لأجل القراض، ولو أذن له رب المال، بخلاف البيع بالدين فإنه يجوز كما تقدم، إذا أذن له رب المال؛ والفرق أن بيع المال بالدين فيه تعريض لإتلاف المال، وهو من حق صاحب المال، فإذا أذن جاز ذلك، لأنه رضي بإسقاط حقه، وأما الشراء بالدين، فإن العامل يكون ضامنًا للدين في ذمته، فيؤدي ذلك إلى أن يأخذ رب المال ربح ما يضمنه العامل في ذمته، وقد نهى النبي ﷺ عن ربح ما لم يضمن؛ فإن فعل العامل ذلك واشترى بنسيئة للقراض ضمن ما اشتراه، والربح له خاصة؛ فلو اشترى العامل بالنسيئة لنفسه لا لأجل القراض لجاز، لخلوصه من النهي عن ربح ما لم يضمن.

على أن النهي عن الشراء نسيئة للقراض مقيد بما إذا كان لرب المال حصة من الربح؛ فلو كان الربح كله للعامل، جاز، لأنه تخلص حينئذ من نهيه عليه الصلاة والسلام من أخذ ربح ما لم يضمن؛ هذا مذهب مالك وأصحابه، وقريب منه مذهب الشافعية والحنابلة، إلا أنهم يختلفون مع المالكية في علة النهي.

فالمالكية يعللون النهي عن شراء سلعة بالدين لئلا يأخذ رب المال ربح ما لم يضمن، وهو منهي عنه، والآخرون يعللون المنع بأن الشراء بالدين فيه زيادة في رأس المال لم يتناولها العقد، ولهذا أجازوه بالإذن.

وأما الحنفية فذهبوا إلى أن المضارب إذا اشترى بالنسيئة ولم يكن لديه من مال المضاربة ما يفي بالثمن من جنسه، وكان مأذونًا في ذلك، جاز شراؤه، وكان ما يشتريه بهذا الدين شركة بين رب المال والمقارض شركة وجوه، لكل منهما نصفه، إن لم يشترطا في ذلك شرطا آخر؛ فلم يكن ذلك مضاربة، لأنه لا يمكن أن يجعل ما اشترى بالدين مضاربة، لأن المضاربة لا تجوز إلا في مال عُيِّنَ؛ فلذا يجعل ما اشترى

(1) كشاف القناع، ج 2، ص 265.

(2) االشرح الكبير، جـ 3، ص 528 .

بالدين شركة وجوه بينهما، لأن مطلق الشركة يقتضي التساوي في المال المشترك؛ ولا يصح أن ينضم ما اشترى بالدين إلى مال المضاربة لعدم تناول عقد المضاربة؛ وعلى ذلك يكون ثمن ما اشترى بالدين عليهما بالسوية لا صلة له بالمضاربة؛ وخلاصة مذهبهم أنهم يجيزون الشراء بالدين إذا أذن الشريك، ولكن ذلك يكون شركة لا مضاربة.

6 - هل يجوز أن يشتري سلعا للقراض بأكثر من رأس المال؟[1] قال المالكية: لا يجوز لعامل القراض أن يشتري بأكثر من مال القراض، نقدًا كان الشراء أو إلى أجل؛ لأنه إن كان الزائد نقدًا أي غير مؤجل، أدى إلى سلف جر منفعة، فكأن العامل أسلف تلك الزيادة لرب المال، وله في ذلك منفعة، لكونه شريكًا في الربح؛ وإن كان الزائد مؤجلا، أدى إلى أكل ربح ما لم يضمن، وذلك منهي عنه، ذلك أن العامل يضمن في ذمته الزيادة المؤجلة، وتكون في القراض؛ وحينئذ يؤدي إلى أن يأخذ رب المال ربح ما يضمنه العامل في ذمته، وهو غير جائز.

فإن فعل العامل أي اشترى بأكثر من رأس المال، نقدًا كان أو مؤجلا، فإن رضي رب المال بما فعله العامل، دفع له قيمة المؤجل وعـدد المنقـود، وصار ما اشترى كله للقراض، ويغرم رب المال للعامل أجرة مثله، ويكون جميع المال لرب القراض.

وإن لم يرض رب المال بما فعله العامل، وكان ما اشترى في جملة سلع التجارة، غير منفرد؛ فإن العامل يكون شريكًا لرب المال بقيمة المؤجل، ولو كان عينًا، فتقوم العين المؤجلة بعرض، ثم يقوم العرض بعين، ثم ينظر لما يخص هذا المؤجل من الربح؛ فإذا كان مال القراض مائة فاشترى العامل سلعة بمائتين، مائة في القراض والأخرى مؤجلة، فتقوم المائة المؤجلة بعرض، ثم يقوم هذا العرض بنقد؛ فإذا كانت قيمة العرض خمسين، كان العامل شريكًا بالثلث، فيختص بربحه وخسره، وما بقي على حكم القراض، وهذا في المؤجل، وأما لو اشترى العامل بنقد، فالشركة بعدده؛ هذا كله إذا اشترى بالزائد للقراض.

أما إذا اشترى به لنفسه، وكان ما اشتـراه من جملة سلـع التجـارة، فإنه يكون شريكًا بنسبة قيمته إن كان الزائد مؤجلاً، أو بنسبة عدده لمال القراض إن كان نقدًا أي غير مؤجل.

---

(1) حاشية الدسوقي بالشرح الكبير، جـ 3، ص 528 - 529 .

والشافعية والحنابلة يوافقون المالكية في أن المقارض لا يجوز له أن يشتري سلعًا للقراض بأكثر من رأس المال إلا بإذن من رب المال، لأن في ذلك استدانة على مال القراض، وذلك غير جائز إلا بإذن رب المال، لأنه يدخل في رأس المال الذي تم الاتفاق عليه زيادة لم يتناولها العقد؛ فإن فعل ذلك بغير إذن رب المال، كان ما اشتراه له، وكان له ربحه وعليه خسارته؛ إلا أنه إذا كان في يده من مال القراض ما يفي بذلك الثمن المؤجل، فإنه يجوز الشراء للقراض، ولو من غير إذن رب القراض، إذ لا يعد ذلك من قبيل الاستدانة على مال القراض، لإمكان الوفاء في الحال.

وهذا كله إذا لم يأذن رب المال في ذلك؛ فإن أذن له، أو قال له: اعمل برأيك، فإن تصرفه يجوز عند ذلك؛ والنتيجة أن الاستدانة على مال القراض بإذن رب المال جائزة عند المالكية والشافعية والحنابلة، ويكون ما يشتريه العامل قراضًا عند ذلك، خلافا للحنفية، إذ جعلوا الاستدانة بالإذن من باب شركة الوجوه.

7 - هل للمضارب أن يتبرع بشيء من مال القراض، أو يبيع بأدنى من ثمن المثل، أو يشتري بأكثر منه، أو يبيع السلعة بمثل ما اشترى دون ربح؟ يمتنع على عامل القراض أن يتبرع بشيء من مال القراض إذا كان ذلك كثيرًا في العادة، بخلاف اليسير الذي يتسامح الناس بمثله، كإعطاء الكسرة ونحوها للسائل.

والفرق بين الشريك في الشركة وعامل القراض حيث أجازوا للشريك التبرع بالكثير إذا كان لاستئلاف الناس، ولم يجيزوا الكثير لعامل القراض: هو أن عامل القراض ترجح فيه أنه أجير، وكونه شريكًا ضعيف، فجعلوا الشريك أقوى من عامل القراض.

وكما لا يجوز التبرع بمال القراض للعامل فيه، كذلك لا يجوز التولية لسلع القراض، بأن يوليها لغيره بمثل ما اشتراها به، لأن التولية من المعروف، فهي نوع من التبرع، فلا تجوز لتعلق حق رب المال بالربح، إلا أن يفعل ذلك خوفًا من الوضيعة، وإلا جازت التولية بمثل ما اشترى السلعة به لصيانة المال من الخسارة المتوقعة إن باع السلعة بما اشتراها به.

وكذا لا يجوز لعامل القراض كل ما فيه محاباة في البيع والشراء، كأن يبيع بأدنى من ثمن المثل، أو يشتري بأكثر منه، مما لا يتغابن الناس بمثله؛ فإن فعل ذلك فقيل: يصح البيع، ولكن العامل يلزمه ضمان النقص كالوكيل، وقيل: يبطل البيع،لأنه بيع لم يؤذن

فيه، فأشبه ما لو باعه أجنبي أي غير شريك في القراض؛ فعلى هذا إن تعذر رد المبيع بتلف أو فوات، ضمن العامل النقص، وإن أمكن رده، وجب رد عينه إن كان باقيًا، أورد قيمته إن تلف، ولصاحب المال مطالبة من شاء من العامل أو المشتري منه.

ثم إن رب المال إن أخذ من المشتري قيمة المبيع، رجع المشتري على العامل وطالبه بإعادة الثمن الذي اشتراه به منه؛ وإن رجع صاحب المال على العامل، رجع العامل على المشتري بها، لأن التلف حصل في يده، ثم رد العامل الثمن على المشتري.

وإنما منعت التصرفات التي فيها المحاباة في البيع والشراء بما لا يتغابن به التجار، لأن ذلك ليس من أعمال التجارة، أو لا يتناوله التوكيل ولا التفويض؛ لأن التفويض إذا كان فإنما هو في أعمال التجارة لا في غيرها؛ هذا، أما ما يتغابن الناس بمثله فلا يمنع في البيع أو الشراء، لأن ذلك مما لا يمكن التحرز منه في المعاملات بين الناس.

8 - وهل يجوز للمضارب أن يشتري لنفسه من مال المضاربة؟ نعم يجوز له ذلك قبل ظهور الربح عند أكثر الأئمة، لأن المال ملك لغيره، فصح شراؤه كشراء الوكيل من موكله؛ وقال بعضهم: شراء المضارب من مال المضاربة باطل، لأنه شريك، فكأنه يشتري مال نفسه؛ وهذا مردود بأنه إنما يكون شريكًا إذا ظهر الربح، لأنه إنما شارك في الربح دون أصل المال.

هذا، ولرب المال أن يشترط على العامل ما يَحُدُّ من حريته في العمل بمال القراض، في بعض الأماكن أو الأوقات، أو التجارة ببعض السلع، إذا كانت التجارة في تلك الأماكن أو الأوقات أو السلع من شأنها أن تعرض المال للتلف أو الضياع.

ولهذا يجوز لرب المال أن يشترط على العامل أن لا ينزل واديا إذا كان في ذلك خطر، أو لا يسير بالمال ليلا، أو لا ينزل بالمال في البحر لما فيه من الخطر، أو لا يذهب للتجارة في الأماكن التي يغلب فيها اللصوص ويتعرض المال فيها للسرقة أو النهب، متى كان ذلك كله هو الغالب المظنون، أو يشترط رب المال على العامل أن لا يبتاع سلعة عينها له، وكان ذلك لغرض صحيح من قلة ربح أو حصول وضيعة فيها؛ فإن ذلك كله شرط صحيح جائز يعمل به، ويضمن العامل المال إن خالف واحدًا مما ذكر وحصل التلف، ولو تلف بآفة سماوية زمن المخالفة؛ لأن العامل لما طلب بتنمية المال اعتبر عند المخالفة لما شرطه رب المال كالغاصب لخروجه عن التنمية التي هي سنة القراض.

فلو ادعى العامل أن التلف بعد زمن المخالفة، كأن يدعي وقوع التلف بعد الخروج من البحر، أو بعد مجاوزة أماكن اللصوص، وادعى رب المال أن التلف وقع زمن المخالفة، صدق العامل في دعواه أنه وقع بعد زمنها، لأنه أمين في أصل القراض، ولأنه منكر للضمان، والمنكر مقدم على المثبت، لأن الأصل البراءة.

وعلى العموم يجب على العامل أن يتجنب العمل بمال القراض في كل موضع أو حالة من شأنها أن تعرض المال للضياع أو التلف، ولو لم يشترط عليه ذلك رب المال.

فلو عمل بالمال في موضع جور، بأن كان العامل لا حرمة له فيه ولا جاه، وإن لم يكن مكان جور لغيره، فإن عمل في مثل ذلك الموضع وضاع المال لزمه الضمان، لأنه عرضه للتلف؛ فإن كان للعامل حرمة وجاه فلا ضمان عليه، ولو كان مكان جور لغيره.

ضمان مال القراض: إذا تعدى المضارب بفعل ما ليس له فعله، فهو ضامن للمال في قول أكثر أهل العلم، لأنه في حالة تعديه متصرف في مال غيره بغير إذنه، فلزمه الضمان كالغاصب؛ وهناك حالات يضمن فيها العامل ولو بلا تعد أو تفريط، وذلك عند انتقال المال من كونه قراضًا إلى كونه قرضا، وحالات هي مظنة التعدي أو التفريط، فيها الضمان، وإليك الصور التي يضمن فيها عامل القراض المال:

1 - إذا تلف أو ضاع بلا تفريط، وذلك إذا أخذ العامل المال على أن الربح كله له؛ لأنه حينئذ صار قرضا، فانتقل من الأمانة إلى الذمة، فيضمن، إلا أن ينفي الضمان عن نفسه عند الأخذ، بأن قال: ولا ضمان علي، أو ينفيه عنه رب المال، بأن قال: خذ واعمل فيه والربح كله لك ولا ضمان عليك، فلا ضمان عليه حينئذ، لأن إسقاط الضمان عنه زيادة معروف؛ وكذا لا ضمان عليه إذا سمى المال قراضا بأن قال له: اعمل فيه قراضا ولك الربح كله، فلا يضمن؛ ولو شرط عليه الضمان فيلغى الشرط ويكون قراضًا فاسدًا.

2 - خلط مال القراض جائز ما لم يكن بشرط؛ ولكن إذا خاف العامل بتقديم أحد المالين في البيع والشراء رخصا للمال الآخر، فالصواب الخلط أو تقديم مال القراض؛ فإن قدم ماله على القراض وخسر لزمه الضمان.

3 - سفر العامل بمال القراض إن حجر عليه رب المال السفر به قبل شغله، لم يجز؛ فإن خالف وسافر به، ضمن كما تقدم.

4 - شرط رب المال على العامل أن لا يعمل في أماكن أو زمان من شأنه أن يعرض المال للخطر، كالمشي بالمال ليلا، أو ينزل به بحرا إذا كان في ذلك خطر على المال عادة.

5 - العمل بالمال في موضع جور لا حرمة للعامل فيه، فضاع المال أو تلف، فيلزمه الضمان لتسببه في تلف المال.

6 - ولو عمل بالمال بعد علمه بموت صاحبه، وكان المال عينا أي نقودًا، وضاع أو تلف، لزمه ضمانه لتعديه، لأن المال انتقل إلى الورثة بمجرد موت صاحبه؛ أما إذا كان المال عرضًا فحركه، فلا ضمان عليه، وليس للورثة أن يمنعوه من التصرف فيه، لأنه الذي يحرك المال وينميه، وله حق فيما يرجوه من الربح حتى ينض.

7 - ولو شارك العامل في مال القراض غيره بغير إذن من رب المال، فضاع، لزمه الضمان لتعديه، لأن صاحب المال لم يستأمن غيره فيه.

8 - ولو باع العامل سلعة من سلع القراض بدين بلا إذن من رب المال، فتلف أو ضاع، لزمه الضمان أيضًا لتعديه بتعريض المال للخطر، ولمخالفة ما شرطه رب المال.

9 - ولو دفع العامل مال القراض أو بعضه قراضًا لآخر بلا إذن من ربه في ذلك، فتلف المال أو ضاع، فعليه الضمان لتعديه؛ وقد تقدم غير بعيد شرح ما يترتب على ذلك، ومن يكون له الربح، وعلى من تكون الخسارة، فأغنى ذلك عن الإعادة.

هذه أهم الصور التي يلزم فيها الضمان وليست جميعها، بل كل تصرف من العامل من شأنه أن يعرض المال للخطر عادة يترتب عليه الضمان إذا فعل بلا إذن.

انتهاء الشركة والمضاربة[1]:

إن كلا من الشركة والمضاربة عقد جائز عند جمهور الأئمة غير لازم، فيستقل أحد طرفيه بفسخه، وذلك لتضمن كل منهما الوكالة؛ وبناء على ذلك ينتهي كل منهما بما يأتي:

(1) انظر الشركة في الفقه الإسلامي للأستاذ علي الخفيف، ص 102، والباجي، جـ 5 ص 174 - 175، والزرقاني على مختصر خليل، جـ 6 ص 222، وبدائع الصنائع، جـ 6، ص.113، وكشاف القناع، جـ 2 ص 255 - 266.

1 - جنون أحد طرفيه جنونًا مطبقًا، وفي حكمه العته عند بعض الفقهاء؛ فإن جن أحد الشريكين أو جن رب المال في المضاربة، أو جن العامل فيها، بطل العقد، وذلك هو حكم كل عقد غير لازم؛ ولا يحكم ببطلانها إلا بمرور ما يصير به الجنون مطبقًا.

2 - إغماء أحد طرفي العقد، وقيد ذلك بعضهم بأن يكون إغماء يسقط به فرض الصلاة، وذلك بأن يستغرق وقتًا من أوقاتها؛ ووجه هذا أن ما دون ذلك كالنوم لا يزول به أهلية ولا يبطل به عقد نشأ قبله؛ وإذا أفاق من أُغمي عليه كان له الخيار إن شاء فاصل صاحبه وإن شاء استأنف شركة جديدة؛ وبعض الفقهاء كالحنفية لا يرون الإغماء عارضًا يبطل به ما حدث من عقود قبله، لأنهم يلحقون الإغماء بالنوم في الأحكام.

3 - موت أحد طرفي العقد؛ فإذا مات الشريك بطلت الشركة في حصته، لانتقالها بالوراثة إلى وارثه، وبذلك يبطل عقد المورث فيها؛ وكذلك إذا مات رب المال في المضاربة، أو مات العامل فيها.

وعلى ذلك إذا كانت الشركة بين ثلاثة فمات أحدهم، انفسخت في حصته فقط دون حصة الباقين، وذلك لأن كلا من عقد الشركة والمضاربة يتضمن الوكالة، وهي تبطل بموت كل من الموكل والوكيل؛ وسواء في ذلك أن يحدث الموت قبل ابتداء العمل أو بعده، وعلى ذلك لا يقوم وارث المتوفي مقام مورثه؛ وإذا أراد الوارث المضي فيها فلا بد من عقد جديد، لا فرق في ذلك بين أن يكون المال الموجود عند الوفاة نقودًا أو عروضًا.

وعلى هذا، فإذا توفي أحد الشريكين لم يكن للآخر أن يعمل في ماله، سواء أكان رأس المال نقدًا أم عرضًا، إلا إذا ابتدأ مع الورثة شركة جديدة تتوفر لها جميع شروطها؛ ولم يكن له إلا المقاسمة في رأس المال بين ورثة المتوفي وباقي الشركاء، على أساس ما لرأس المال عند ذلك من قيمة بحسب تقويم المقومين؛ هذا في الشركة، أما في المضاربة فيختلف الحكم في ذلك على التفصيل الآتي:

- إذا توفي رب المال وكان رأس المال ناضا جميعه، فالأمر ظاهر، إذ بذلك تنقضي المضاربة ويأخذ كل واحد حقه، فيأخذ الوارث رأس المال وحصة مورثه من الربح إن كان، ويأخذ العامل حصته من الربح إن وجد ربح؛ وإن كان في المال عروض كان للمضارب أن يبيعها حتى ينض رأس المال جميعه، وليس له من التصرف حينئذ إلا ما

يؤدي إلى تنضيض رأس المال، فلا يستبدل سلعة بأخرى؛ وإنما جاز له ذلك محافظة على حقه حتى يتبين الربح فيعرف مقداره، ولذلك لا ينفذ نهي رب المال في هذه الحال إذا ما نهى المضارب عن أن يعمل.

- وإن كان المتوفي هو العامل، باعها وارثه لينض رأس المال حتى يتبين حق مورثه فيه، قيل: ينفرد بذلك الوارث، ولا كلام لرب المال؛ وقيل: لا ينفرد، بل تكون له الولاية مع رب المال، فيكون التصرف إليهما؛ فإن اتفقوا في التصرف فالأمر ظاهر، وإلا باعها الحاكم، وانتهت ببيعها المضاربة، وأعطي الورثة حظهم من الربح؛ والقول بعدم انفراد وارث العامل بالتصرف، بل الولاية له مع رب المال، هو الأصح، لأن الملك لرب المال، وحق التصرف كان للمضارب، فلا بد من اشتراك المالك وخليفة المضارب؛ وهذا قول الحنفية والحنابلة، وإليه ذهب الشافعي أيضًا، غير أن المضارب عنده لا يملك حصته من الربح إلا بقسمة رأس المال أو تنضيضه بعد ارتفاع العقد، على أظهر القولين عنه؛ أما قبل ذلك فلا ملك له فيه، وإنما يكون له حق يتأكد بظهور الربح، فيورث عنه لذلك، ولا يكون من حق رب المال، ويغرمه رب المال بإتلافه بعد ظهوره.

وأما المالكية، فإنه إذا توفي رب المال أو العامل قبل الشروع في عمل القراض، بطل العقد بالوفاة، لأن العقد غير لازم، والمال عندئذ ناض، ولم يثبت للعامل حق فيه، فيدفع لمالكه.

أما إن كانت الوفاة بعد الشروع في العمل، بأن اشترى برأس المال عروضًا، أو سافر به المضارب للعمل فيه حيث قصد العمل، ففي ذلك تفصيل:

فإن كان المتوفي رب المال وعلم العامل بموته، وكان المال ناضًا، لم يجز له التصرف فيه إلا بإذن الوارث؛ وإن كان المال عرضًا لم يترتب علىالوفاة بطلان حق ثبت للعامل، فيبقى العامل على عمله وعلى شرط القراض، ولا يكون للورثة حينئذ حق انتزاع المال منه حتى ينض المال.

وإن كان المتوفي هو العامل، فقد حدثت وفاته بعد أن ثبت له حق العمل في المال، فينتقل هذا الحق بعد وفاته إلى ورثته، ولا يكون لرب المال أن ينتزع المال منهم، لأن ذلك مبطل لحق انتقل إليهم عن مورثهم؛ ولكن بشرط أن يكون وارث العامل أمينًا حاذقًا بالعمل، فيبقى العقد كما هو الحكم في الجعالة إذا ما توفي العامل قبل إتمام العمل

الذي جعل له الجعل؛ وعلى ذلك يبقى عقد القراض إلى أن ينض المال فينتهي حينئذ؛ فإن لم يكن الوارث كذلك، فله أن يأتي بمثل مورثه في الأمانة والحذق والبصر في العمل، فإن رفض الوارث أن يأتي أو لم يأت به، سلم المال إلى ربه، ولا شيء لوارث العامل إلا أن يستأجر رب المال من يعمل فيه حتى ينض؛ وعندئذ يظهر ما يستحق وارث المضارب من الربح فيعطى له، وذلك بنسبة ما عمل مورثه، كما في الجعالة.

وإنما كان استئجار من يقوم بتنضيض رأس المال لرأي رب المال واختياره، ولم يكن لازمًا له أن يفعل ذلك، ثم يرجع بالأجر في تركة المضارب كما هو الحكم في عامل المساقاة إذا مات قبل إتمام العمل، لأن المساقاة تستوجب شغل ذمة المساقي بالعمل، فكان ذلك مُحَمَّلاً على التركة؛ أما القراض فلا يستوجب شغل ذمة المقارض بالعمل، لأنه عقد غير لازم، ولأن القصد في القراض نفس العامل، لما عرف فيه من حذق وأمانة وبصر بالعمل، فافترقا.

وعلى ما تقدم لا يبطل عقد القراض بوفاة رب المال مع بقاء المقارض، وإن كان المال ناضًا، ولكن يبقى ما أراد الورثة بقاءه، فإن أرادوا فسخه كان لهم ذلك بعد أن ينض رأس المال.

وأما وفاة المقارض، فتبطل العقد إبطالاً مؤجلاً إلى أن ينض رأس المال إما بعمل الورثة، وإما بعمل الأمين الذي أتوا به؛ فإن لم يأتوا بأمين وكانوا غير أمناء أو غير حاذقين لم يكن لهم من الربح شيء، لأن المقارض لا يملك حظه إلا بقسمة الربح عند مالك رضي الله عنه، وذلك ما لم ير رب المال أن يستأجر من يقوم بتنضيض رأس المال؛ وعندئذ يكون لهم من الربح بنسبة ما عمل مورثهم كما بينا.

4 - الحجر على أحد الشركاء أو على رب المال بسبب السفه؛ وذلك لأن الحجر للسفه على الموكل يترتب عليه عزل وكيله؛ وبناء على هذا، فإذا حجر على أحد الشركاء لم يصر باقي الشركاء وكلاء عنه في التصرف، فتنقضي بذلك الشركة؛ وكل ما تنتهي به الوكالة تنتهي به الشركة؛ وكذلك الحكم إذا حجر على رب المال في المضاربة، فإن المضارب ينعزل بذلك، فلا يكون وكيلاً عنه إذا تصرف.

أما إذا حجر على المضارب للسفه، فإنه لا ينعزل بذلك الحجر من الوكالة عند من يرى من الفقهاء أن حكم السفيه هو حكم الصبي المميز إلا ما استثني من ذلك،

والصبي المميز أهل لأن يتوكل عن غيره، فكذلك السفيه، وذلك بناء على أن الموكل قد ارتضى رأيه وتصرفاته، وله أن يعزله في أي وقت شاء.

وخالف في ذلك من يرى من الفقهاء أن تصرف السفيه باطل لانعدام أهليته بالحجر عليه، لأنهم يرون أنه ينعزل بهذا الحجر من الوكالة إذا كان وكيلا؛ وعلى ذلك يكون الحجر على المضارب منهيا أيضًا لعقد المضاربة، لعدم صلاحية المضارب حينئذ للتصرف وانعدم أهليته، وممن ذهب إلى هذا الشافعية والحنابلة.

5 - التفليس عند من يراه من الفقهاء وهم المالكية والشافعية والحنابلة؛ فإذا أفلس أحد الشركاء أو رب مال المضاربة، انقضى عقد الشركة أو عقد المضاربة بذلك؛ أما إذا أفلس المضارب، فلا ينتهي بذلك عقد المضاربة، إذ أنه يتصرف في مال غيره بحكم الوكالة، والمفلس أهل لأن يوكل في التصرف، فلا تنقضي وكالته عن رب المال بتفليسه؛ وعلى ذلك لا يكون لتفليسه أثر في عقد المضاربة؛ أما الحنفية فلا يرون التفليس، وإنما عندهم الحجر للدين، وذلك يمنع المدين من التبرع.

6 - إقدام أحد طرفي المضاربة أو الشركة على فسخها؛ ذلك لأن كلا من عقد الشركة وعقد المضاربة عقد غير لازم عند جميع الأئمة ما عدا بعض المالكية، وعلى ذلك إذا فسخ أحد الشركاء عقد الشركة نفذ ذلك في حصته من رأس المال، سواء أكان ذلك قبل التصرف في رأس المال أم بعده؛ فإن كان رأس المال جميعه ناضا فالأمر ظاهر، فيرد رأس المال إلى صاحبه؛ وإن كان رأس المال غير ناض، بأن كان في رأس المال عروض، كان للمضارب أن يقوم بتنضيض رأس المال لإظهار حقه من الربح، فليس لأحد الشركاء أو عامل القراض بعد الفسخ أن يشتري عروضًا ولا أن يستبدل سلعة بأخرى لانتهاء العقد بالفسخ، هذا قول غير المالكية.

أما المالكية فيرون أنه إذا أقدم أحد الشركاء أو أحد طرفي المضاربة على الفسخ وكان المال ناضًا، نفذ فسخه في الحال، ووجب حينئذ رد رأس المال إلى صاحبه؛ وإن فسخه والمال غير ناض، لم ينفسخ في الحال، بل يبقى حتى ينض رأس المال؛ فإذا نض انتهى العقد؛ وإنما كان ذلك عند المالكية للمحافظة على ما للعامل من حق، فإنه لا يظهر إلا بتنضيض رأس المال، فلا يجوز حينئذ أن تشترى به عين أخرى، أو تستأنف به تجارة جديدة، لبطلان العقد حينئذ.

وإن اختلف الشركاء، فرغب بعضهم في البيع في الحال، ورغب الآخر في تأجيل البيع حتى يكون للسلع سوق، نظر الحاكم إلى ما هو الأصلح؛ فإن رأى وجه بيع للسلعة في الحال، باعها، وإلا أرجأ الأمر[1] حتى يكون للسلع وجه بيع، فعندئذ ذلك تباع وينفسخ القراض.

فالفرق بين المالكية وغيرهم: أن المالكية يرون بقاء العقد إلى أن ينض رأس المال، ولكن غيرهم يرى أن العقد قد انتهى بمجرد الفسخ، ويجب بعد ذلك تنضيض رأس المال لحق المضارب، لا باعتبار أن العقد لا يزال قائمًا؛ والواقع أن الخلاف على هذا الوضع ليس له أثر عملي.

7 - هلاك المال؛ من الفقهاء من يرى أن هلاك أموال الشركاء أو هلاك مال أحد الشريكين فيها مبطل للشركة، إذا كان هذا الهلاك قبل التصرف؛ وهلاك المال حينئذ على صاحبه، إن كان الهلاك قبل الخلط الذي يزول به التمييز، أما إن كان بعد خلط لا يتميز به أحد المالين من الآخر، فإن الهلاك يكون عليهما بنسبة ما لكل منهما.

أما بطلان الشركة بهلاك الأموال فلزوال محلها، إذ النقود فيها تتعين بالتعيين؛ وأما بطلانها بهلاك أحد المالين، فلأن بطلانها فيما هلك يستلزم بطلانها في المال الآخر، لأن صاحب المال الذي لم يهلك لم يرض بشركة صاحبه في ماله إلا على أساس شركته معه فيما هلك، ولم يتم له ذلك.

أما هلاك المال بعد التصرف، فهو هلاك لمال مشترك، فيكون على الشركاء، وتبقى الشركة فيما بقي منه؛ وإذا هلك مال أحد الشركاء بعد أن اشترى صاحبه سلعًا بماله، فالسلع المشتراة مشتركة بينهما، بناء على قيام عقد الشركة المتضمن للوكالة عند الشراء؛ وما هلك هلك على صاحبه خاصة، ويرجع المشتري على صاحبه بما يخصه من الثمن، وتكون شركتهما عندئذ في السلع شركة ملك، لانقضاء عقد الشركة بينهما بهلاك أحد المالين قبل التصرف فيه.

---

(1) ويرى ابن حزم: أن القراض إذا فسخ وكان في المال عروض، أجبر العامل على بيعها في الحال، خسر في ذلك أم ربح، ولا يجو تأجيل ذلك، إذ لا يدرى إلى أية مدة يؤخر البيع، وليس يعرف متى ترتفع الأثمان ومتى تنخفض؛ فإيجاب التأخير لهذا الهدف خطأ، ولا يلزم أحد أن يباع ماله على وجه يتحول به إلى غيره.

ثم قال: والعجب ممن يلزم صاحب المال أن يصبر حتى يكون للسلع سوق ووجه بيع، مراعاة للعامل، وهو لا يرى الأخبار على تدارك من يموت جوعًا بالنسبة إلى ذوي رحمه وقرابته، وذلك بإعطائه ما يقيم به رمقه. انتهى. المحلى جـ2، ص 249.

أما المضاربة، فهلاك رأس المال قبل القبض لا يترتب عليه فسخ العقد إذا كان الهلاك قبل القبض، لأن النقود لا تتعين بالتعيين في المضاربة قبل القبض، بل تتعين بالقبض، لأن قبض رأس المال شرط لتمام المضاربة، إذ لا بد فيها من تسليم رأس المال إلى المضارب، فكان هلاكه قبل القبض لا يعد هلاكًا لمحل العقد لعدم تعينه، فلا تبطل المضاربة بهلاكه في هذه الحالة.

وأما إن هلك رأس مال المضاربة بعد قبضه، فتبطل عندئذ لزوال محل العقد لا إلى بدل؛ فإذا هلك رأس المال في يد المضارب قبل أن يشتري به شيئًا، وقد تعين بالقبض، بطل العقد بهلاكه، لهلاك محل العقد لا إلى بدل، لأن المضارب في هذه الحال أمين إلا بالتعدي؛ فلو تعدى كأن استهلكه أو أنفقه في شؤون نفسه، أو دفعه إلى غيره فاستهلكه، فإنها تبطل في هذه الحالة حتى لا يكون له بعد ذلك أن يضارب فيما حل محله من ضمان، وذلك بسبب صيرورة المضارب باعتدائه ضمينًا لا أمينًا.

أما إذا تعدى غيره وهو في يده فاستهلكه فأدى ضمانه، كان له أن يضارب في البدل في هذه الحال، لأن الاعتداء لم يكن له فيه يد، وقد حل الضمان محل رأس المال، فلا يبطل العقد بناء على ذلك، لأن أخذ عوضه بمنزلة أخذ ثمنه، فيكون ذلك الأخذ على المضاربة.

هذا كله إذا هلك مال المضاربة قبل الشراء به؛ أما إذا هلك بعد الشراء به بلا تعد، فضياعه حينئذ على رب المال، فيرجع العامل بقدر ما عليه ويسلمه للبائع، لأن المضارب إنما يتصرف لرب المال فيرجع بما يلحقه من ضمان؛ هذا التفصيل السابق للحنفية[1].

ومن الفقهاء من يذهب إلى أنه إذا هلك أحد المالين بعد العقد ولو كان ذلك قبل الخلط، فهو من ضمان الشريكين جميعًا، لقيام العقد الذي يقتضي أن يكون المالان كالمال الواحد، وإذا تلف في المضاربة رأس مالها بطلت المضاربة، ولو كان ذلك قبل التصرف فيه؛ وإن تلف بعضه كانت المضاربة في باقيه، واعتبر هو رأس مالها إذا كان هذا التلف قبل التصرف، أما إذا كان التلف بعد التصرف، فإن العقد لا يبطل بالنسبة لما هلك، ويظل رأس المال معتبرًا باقيًا على حاله، فيجبر هذا التلف بالربح.

(1) بدائع الصنائع، ج 6، ص 113.

ومنهم من يذهب إلى أن المضاربة لا تبطل بتلف المال كله أو بعضه، ولكن لرب المال التالف بيد العامل الخلف لما تلف، وله عدم الخلف، سواء في ذلك كان التلف قبل العمل أو بعده؛ فإذ أخلف فهل يلزم العامل قبوله؟ في ذلك تفصيل: فإن تلف جميعه فأتاه ربه ببدله لم يلزم العامل قبوله، وإن تلف بعضه فأخلفه ربه، لزمه قبوله إن كان تلف هذا البعض بعد العمل، وإلا لم يلزمه القبول، إذ لكل منهما الفسخ للمضاربة قبل العمل.

والحاصل أن المضاربة لا تبطل بتلف المال كلا أو بعضا، سواء كان التلف قبل العمل أو بعده، بل يجوز لرب المال التالف أن يأتي ببدله فتستمر المضاربة، ويجوز أن لا يأتي بالبدل فتكون السلعة المشتراة للعامل؛ فإذا اشترى العامل سلعة للقراض فذهب ليأتي لبائعها بثمنها فوجد المال قد ضاع، وأبى رب المال الإتيان بالبدل، لزم العامل ما اشتراه، فله ربحه وعليه خسره[1].

8 - استرجاع رب المال رأس ماله في المضاربة قبل التصرف فيه، أو استرجاع بعضه؛ ففي هذه الحال تبطل المضاربة فيما استرده من رأس مالها، ويصبح رأس مالها ما بقي منه؛ فإن استرد المال كله بطلت، لأن ذلك يعد فسخًا لها قبل التصرف في رأس المال، وقد علمنا أنها عقد غير لازم.

هذا، وإن انفسخت المضاربة وللمضارب ديون على الناس نتيجة المضاربة؛ فإن كان في المال ربح أجبر على تقاضي الدين وقبضها، وإن لم يكن في المال ربح، اختلف الناس هل يجبر على التقاضي أم لا؟

فقال الحنفية: لا يجبر على ذلك، بل يقال له أحل رب المال بالمال على الغرماء؛ ذلك لأنه إذا كان في المال ربح كان عمله أشبه بعمل الأجير، والأجير مجبور على العمل فيما التزم به، فكان لذلك مجبورا؛ وإن لم يكن في المال ربح كان عمله عَمَلَ الوكيل، والوكيل لا يجبر، فكذلك عامل القراض؛ وإنما طلب منه أن يحيل رب المال ليتمكن من قبض الديون، لأن حقوق العقد إنما ترجع إلى المضارب، فلا تثبت له من غير إحالة ولاية القبض.

---

(1) الشرح الكبير للدردير، جـ 3، ص 529.

وذهب غير الحنفية إلى أنه إن كان على الناس دين نتيجة المضاربة لزم العامل تقاضيه، سواء ظهر في المال ربح أم لم يظهر، لأن المضاربة تقتضي رد المال على صفته، والديون لا تجري مجرى الناض، والتنضيض كلفة لا يسقط عن العامل، كما لو ظهر ربح وكما لو كان المال عرضًا؛ وقولهم إن عامل القراض إذا لم يكن في المال ربح يشبه الوكيل، غير صحيح، لأن الوكيل لا يلزمه رد المال كما قبضه، ولهذا لا يلزمه بيع العروض، فافترقا؛ ولا فرق بين الفسخ من العامل أو رب المال؛ فإن اقتضى من الدين قدر رأس المال، أو كان الدين قدر الربح أو دونه، لزم العامل تقاضيه أيضًا، لأنه إنما يستحق نصيبه من الربح عند وصوله إليهما على وجه يمكن قسمته، ووصول كل واحد منهما إلى حقه، ولا يحصل ذلك إلا بعد تقاضيه.

ومن مات وعنده قراض ثبت ببينة أو إقرار، أو مات وعنده وديعة كذلك، ولم يوص بذلك، ولم يوجد ذلك في تركته، ولم يعلم أنه رده إلى ربه، ولا ادعى ورثته أنه رده، أو تلف بسماوي، أو أخذه منه ظالم، أو خسر، أو نحو ذلك مما يقبل فيه قول مورثهم، لأنهم نزلوا منزلته، فإنه يؤخذ من ماله، لاحتمال أن يكون أنفقه أو ضاع منه بتفريط، بعد أن يحلف رب المال أنه لم يصل إليه، ولا قبض منه شيئًا؛ وهذا ما لم يتقادم الأمر كعشر سنين، وإلا فيحمل على رده لربه لأن الغالب أن لا يبقى كثيرًا.

وقال الشافعي: ليس على مال المضارب شيء، لأنه لم يكن في ذمته وهو حي، ولم يعلم حدوث كونه ضامنًا بالموت، فإنه يحتمل أن يكون المال قد هلك منه بلا تفريط.

وهذا الذي ذكره ضعيف، لأن الأصل بقاء المال في يده واختلاطه بجملة التركة، ولا سبيل إلى معرفة عينه، فكان دينًا كالوديعة إذا لم يعرف عينها، وكما إذا خلطها بمال على وجه لا يتميز منه؛ ولأنه لا سبيل إلى إسقاط حق رب المال، لأن الأصل بقاؤه، ولم يوجد ما يعارض ذلك ويخالفه، ولا سبيل إلى إعطائه عينًا من التركة، لأنه يحتمل أن يكون غير مال المضاربة، فلم يبق إلا تعلقه بذمته، فيؤخذ من ماله كسائر الديون. والله أعلم.

الفصل الخامس

مبحث المساقاة

لفظها مشتق من السقي، لأنه أعظم عملها، وأصل منفعتها، ولفظها مفاعلة، وهي تقتضي أن كل واحد من العامل والمالك يسقي لصاحبه، كالمضاربة والمقاتلة ونحوهما، وهي ليست كذلك؛ بل هي إما من المفاعلة التي تكون من الواحد وهي قليلة، نحو سافر، وعافاه الله، وطارقت النعل، وإما يلاحظ فيها العقد وهو منهما، فيكون من التعبير بالمتعلق - بالفتح - وهو المساقاة، عن المتعلق - بالكسر - وهو العقد.

وهي شرعا: عقد على القيام بخدمة شجر أو نبات بجزء من غلته، بصيغة ساقيت أو عاملت، لا بلفظ إجارة أو شركة أو بيع، ويكفي من الثاني أن يقول: قلبت أو رضيت.

أولا مشروعيتها:

أكثر الأئمة على مشروعية المساقاة؛ وخالف أبو حنيفة فمنع جوازها.

* ودليل من أجازها: السنّة والإجماع والمعقول.

أما السنة، فما روى عبد الله بن عمر رضي الله عنهما، قال: «عامل رسول الله ﷺ أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من ثمر أو زرع»، متفق عليه؛ وفي رواية قال: «دفع إلى أهل خيبر نخلها وأرضها بشطر ما يخرج منها من ثمر أو زرع».

وأما الإجماع، فقال أبو جعفر محمد بن علي بن الحسين بن علي بن أبي طالب، رضي الله عنه وعن آبائه: عامل رسول الله ﷺ أهل خيبر بالشطر، ثم أبو بكر وعمر وعثمان وعلي، ثم أهلوهم إلى اليوم، يعطون الثلث والربع؛ وهذا عمل به الخلفاء الراشدون في مدة خلافتهم، واشتهر ذلك فلم ينكره منكر، فكان إجماعاً، إذ لو وقع إنكار من أحد لنقل إلينا، لتوفر الدواعي على نقله، لكونه مما يكثر وقوعه وتعم به البلوى.

وأما المعقول، فإن الحاجة داعية إلى مشروعية هذه المعاملة، لأن مالك الأشجار قد لا يحسن تعهدها، أو لا يتفرغ لها؛ ومن يحسن التعهد ويتفرغ قد لا يملك الأشجار، فيحتاج ذلك إلى الاستعمال، وهذا إلى العمل.

* وأما من أنكر مشروعيتها فقد استدل بما يلي:

1 - نهيه عليه الصلاة والسلام عن المخابرة، متفق عليه من حديث جابر؛ قالوا: المخابرة مشتقة من خيبر، أي نهى عن الفعل الذي وقع في خيبر من المساقاة، فيكون حديث الجواز منسوخاً؛ أو يسلم عدم نسخه، ولكن يقول: كان أهل خيبر عبيداً للمسلمين، ويجوز مع العبد المملوك لسيده من المعاملات ما يمتنع مع الأجنبي؛ والذي قدره ﷺ من شطر الثمرة هو قوت لهم لأن نفقة العبد على المالك.

والجواب: إن العرب كانت تعرف المخابرة قبل الإسلام، وهي عندهم كراء الأرض بما يخرج منها، مأخوذة من الخبرة التي هي العلم بالخفيات، ولذلك ما تمدح الله تعالى بها إلا بعد التمدح بالعلم، كقوله تعالى: ﴿عَلِيمٌ خَبِيرٌ﴾[1]، وذلك لكونها أمدح، فإن إدراك الخفي أفضل من إدراك الجلي، والحراث يخرج خفيات الأرض بالحرث، فاشتق ذلك لكراء الأرض لتحرث بجزء من المحروث.

وقبل: الخبرة الحرث، والمخابرة مشتقة منه، ومنه سمى المزارع خبيرا؛ وعلى كل فقد بطل قولهم إن المخابرة الوارد فيها النهي مشتقة من خيبر.

وأما قولهم إنهم كانوا عبيدا للمسلمين فغير صحيح، إذ لو كانوا عبيدا لامتنع ضرب الجزية عليهم وإخراجهم إلى الشام ونفيهم في أقطار الأرض لئلا يكون تضييعاً لما فيهم من مال المسلمين.

2 - استدلوا بنهيه ﷺ، عن بيع الغرر، رواه مسلم عن أبي هريرة رضي الله عنه؛ قالو: أجر الأجير في المساقاة فيه غرر فيمتنع العقد فيها.

والجواب: إن حديث النهي عن الغرر عام، وحديث جواز المساقاة خاص، والخاص مقدم على العام.

3 - إن الخبر إذا ورد على خلاف القواعد رد إليها، وحديث جواز المساقاة على خلاف قواعد خمس:

أولا: بيع الغرر، لأن العامل لا يدري أتسلم الثمرة أم لا، وعلى تقدير سلامتها لا يدري كيف يكون مقدارها.

ثانيا: الإجارة المجهولة، وهي باطلة.

---

(1) سورة لقمان الآية 34.

ثالثا: كراء الأرض بما يخرج منها.

رابعا: بيع الثمرة قبل بُدُوّ صلاحها، بل قبل وجوها.

خامسا: بيع الدين بالدين، لأن المنافع والثمار كلاهما غير مقبوضة، وكل ذلك ممنوع، وما لزم منه ذلك وهو المساقاة يكون ممنوعاً، فلا يشرع.

والجواب إن الخبر إنما يجب رده للقواعد إذا لم يعمل به، أما إذا عمل به قطعنا بإرادة معناه فيعتقد؛ ولا يلزم الشارع أنه متى شرع حكما شرعه مثل غيره، بل له أن يشرع ما له نظير وما لا نظير له.

4 - دعوى أن حديث معاملة أهل خيبر بشطر ما يخرج منها منسوخ، فإن عبد الله ابن عمر وهو راوي حديث معاملة أهل خيبر، قد رجع عنه وقال: «كنا نخابر أربعين سنة، حتى حدثنا رافع بن خديج أن رسول الله ﷺ نهى عن المخابرة»؛ وهذا يمنع انعقاد الإجماع، ويدل على نسخ حديث ابن عمر لرجوعه عن العمل به إلى حديث رافع.

الجواب: لا يجوز حمل حديث رافع على ما يخالف الإجماع، وكذا رجوع ابن عمر، لأن النبي ﷺ لم يزل يعامل به أهل خيبر حتى مات، ثم عمل به الخلفاء بعده، ثم من بعدهم؛ فكيف يتصور نهي النبي ﷺ عن شيء ثم يخالفه؟ أم كيف يعمل ذلك في عصر الخلفاء ولم يخبرهم من سمع النهي وهو حاضر معهم وعالم بفعلهم؟

فلو صح خبر رافع لوجب حمله على ما يوافق السنة والإجماع، على أنه قد روي عنه ما يفسر خبره بما لا يخالف الإجماع والسنة الصحيحة من جواز المساقاة، فقد روى البخاري بإسناده عنه أنه قال: «كنا نكري الأرض بالناحية منها تسمى لسيد الأرض، فربما يصاب ذلك وتسلم الأرض، وربما تصاب الأرض ويسلم ذلك، فنهينا؛ فأما الذهب والورق فلم يكن يومئذ»؛ وري تفسيره أيضا بشيء غير هذا من أنواع الفساد، على أن خبر رافع هذا مضطرب جدا، وقد أنكر عليه زيد بن ثابت حديثه هذا.

وعن ابن عباس ما يفسر المقصود من النهي عن المخابرة، فقال طاووس: إن أعلمهم - يعني ابن عباس - أخبرني أن النبي ﷺ لم ينه عنه، ولكن قال: «لأن يمنح أحدكم أخاه أرضه خير من أن يأخذ عليها خراجاً معلوماً».

ورجوع ابن عمر إلى خبر رافع يحتمل أنه رجع عن شيء من المعاملات الفاسدة التي فسرها رافع له في حديثه؛ وقد أنكر كثير من الصحابة على رافع ولم يقبلوا حديثه، حتى قالوا: إنه غلط في روايته.

وبالجملة: إنه لا يتصور نسخ أمر فعله الرسول ﷺ حتى مات وهو يفعله، ثم أجمع عليه خلفاؤه وأصحابه بخبر لا يجوز العمل به، ولو لم يخالفه غيره.

والمعنى أيضا يدل على مشروعية المساقاة، فإن كثيرا من أهل النخيل والشجر يعجزون عن عمارتها وسقيها، ولا يمكنهم الاستئجار عليها، وكثير من الناس لا شجر لهم ويحتاجون إلى الثمر؛ ففي تجويز المساقاة دفع الحاجتين، وتحصيل لمصلحة الفئتين، فجاز، كالمضاربة بالأثمان.

5 - واستدل المانعون كذلك بأن المساقاة إجارة بثمرة لم تخلق، أو إجارة بثمرة مجهولة أشبه إجارته بثمر غير الشجر الذي يسقيه.

والجواب أولا: إن هذا قياس في مقابلة نص، فلا يلتفت إليه؛ وثانيا: منقوض بالمضاربة؛ فإن المضارب يعمل في المال بنمائه، وهو معدوم ومجهول، وقد جاز بالإجماع، وهذا في معناه؛ ثم إن الشارع قد جوز العقد في الإجارة على المنافع المعدومة للحاجة، فلم لا يجوز على الثمرة المعدومة للحاجة؟ على أن القياس إنما يكون في إلحاق المسكوت عنه بالنصوص عليه أو المجمع عليه، فأما إبطال نص وخرق إجماع بقياس نص آخر فلا سبيل إليه.

6 - واستدلوا أيضا بالقياس على تنمية الماشية ببعض نمائها فلا يصح، فكذلك المساقاة، بجامع الغرر.

والجواب: الفرق بأن المواشي لا يتعذر بيعها عند العجز عن الإقامة بها، بخلاف الزرع الصغير والثمر، فهو قياس مع الفارق، فلا يصح؛ ثم إن قياسهم هذا معارض بالقياس على المضاربة، لأن المضارب يعمل في المال بنمائة، فكذلك العامل في المساقاة، فالقياس يدل على جوازها لا منعها.

ثانيا أركانها:

وهي خمسة:

الركن الأول: العاقدان:

ويشترط فيهما أهلية الإجارة صحة ولزومًا، فيشترط لصحة عقد المساقاة التمييز، فلا تصح من صبي غير مميز، ولا من مجنون، أو سكران طافح، لأنه كالمجنون.

ويشترط للزومها: التكليف؛ فمساقاة الصبي المميز تتوقف على إذن وليه والرشد، فعقد السفيه على المساقاة صحيحة، ولكن لا يلزم، بل يتوقف على إذن وليه كالإجارة؛ وعدم الإكراه، فلا يلزم عقد المكره في المساقاة كسائر العقود؛ وكون العاقد مالكا أو وكيلا عن مالك؛ فللولي والوصي مساقاة حائط الأيتام والسفهاء كبيعها وشرائها وإجارتها لهم، وللمريض أن يساقي حائطه، لأنها عقد معاوضة لا يحجر عليه فيه، إلا أن يحابي فيكون في ثلثه؛ إذ يمتنع على المريض أن يساقي على الورثة بأكثر من الثلث؛ فإن كان الحائط أكثر من ثلث ماله وساقاه سنة ونحوها فيما يجوز بيع النخل فيه، جاز، إلا أن يكون فيها محاباة لا يحملها الثلث، كمساقاة على ثلاثة أرباع، والحال أن مساقاة مثله الربع، فيكون قد أوصى له بالنصف، فيخير الورثة بين إمضائه، أو يقطع له ثلث مال الميت، ويكون لهم عدم الإجازة.

الركن الثاني: متعلق العقد؛ وهو الأشجار وسائر الأصول المشتملة على الشروط:

فيم تكون المساقاة؟ اتفق الأئمة على أن ما لا ثمر له من الشجر كالصفصاف والجوز ونحوهما، أو له ثمر غير مقصود كالصنوبر، فلا تجوز المساقاة عليه؛ ولا يعلم خلاف في ذلك، لأنه ليس بمنصوص عليه ولا في معنى المنصوص، ولأن المساقاة إنما تكون بجزء من الثمرة، وهذا لا ثمرة له؛ إلا أن يكون مما يقصد ورقه كالتوت والورد، فالقياس يقتضي جواز المساقاة عليه، لأنه في معنى الثمر، لأنه نماء يتكرر كل عام، ويمكن أخذه والمساقاة عليه بجزء منه، فيثبت له مثل حكمه.

واختلفوا في محل المساقاة مما له ثمر:

1 - فذهب جمهور الأئمة ومنهم مالك وأحمد والثوري والأوزاعي وأبو يوسف ومحمد بن الحسن وأبو ثور، وهو المنقول عن الخلفاء الراشدين، إلى جواز المساقاة في كل ما له ثمر.

2 - وقال داود: لا تجوز المساقاة إلا في النخيل؛ وزعم بأن الخبر إنما ورد بها فيه، ولا يقول بالقياس.

3 - وقال الشافعي: لا يجوز إلا في النخيل والكرم، لأن الزكاة تجب في ثمرتهما؛ وفي سائر الشجر مما له ثمر قولان: بالجواز كسائر الأئمة، والمنع، وهو الراجح عند أصحابه، لأن الزكاة لا تجب في نمائه، فأشبه ما لا ثمرة له.

4 - وقال أبو حنيفة وزفر: لا تجوز بحال، وقد تقدمت أدلته والرد عليها في المقدمة؛ والصحيح القول الأول، ودليله السنة والإجماع، وقد تقدم ذكره؛ ولا يجوز التعويل على ما خالفهما؛ وقولهم إنها رخصة لأنها إجارة بأجرة مجهولة فوجب ألا يتعدى حكمها إلى ما لم تثبت فيه السنة؛ وما جاءت فيه السنة هو النخل، أو النخل ويشاركه الكرم؛ هذا القول مردود بوجوه:

أحدها: إننا لا نسلم أنها إجارة مجهولة، بل هي عقد على العمل في المال ببعض نمائه، فهي كالمضاربة؛ ثم كون المساقاة إجارة مجهولة لا يمنع من مشروعيتها، لأن الشارع أجاز العقد على المنافع المعدومة في الإجارة للحاجة، فلم لا يجوز على الثمرة المعدومة أيضا؟

ثانيها: إن كون المساقاة شرعت رخصة، لا يمنع قياس ما لم يأت فيه النص على ما فيه نص لأن الصحيح أن ما شرع رخصة إذا كان ينقدح فيه سبب أعم من الأشياء التي علقت الرخص بالنص بها، فإنه يجري القياس على الرخص؛ فإذا سلمنا أن النص إنما ورد في النخل، فإن الأشجار التي تثمر كل حول كالنخيل والكرم يجري فيها القياس.

ثالثها: على أننا لا نسلم تخصيص ما ورد في الحديث بالنخيل - كما يقول الظاهرية - أو تخصيصه به وبالكرم - كما يقول الشافعي - فإن القول بأن ما ورد خاص بما ذكر غير صحيح، لأن قول الراوي : «عامل رسول الله ﷺ أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من زرع أو ثمر»، وهذا عام في كل ثمر، ثم لا تكاد بلدة ذات أشجار تخلو من شجر غير النخيل؛ وقد جاء في لفظ بعض الأخبار أن النبي ﷺ «عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج من النخيل والشجر»، ولأن الحاجة تدعو إلى المساقاة على الشجر كالنخل وأكثر، لكثرته، ووجوب الزكاة ليس من العلة المجوزة للمساقاة، ولا أثر له فيها، وإنما العلة هي الحاجة.

وتجوز المساقاة على البعل من الشجر، والبعل هو الذي لا سقي فيه، بل يسقى من عروقه من غير سيح ولا عين؛ فتجوز المساقاة عليه كما تجوز فيما يحتاج إلى سقي، لأن الحاجة تدعو إلى المعاملة في ذلك كما تدعو إلى المعاملة في غيره، وما فيه من المؤن والكلفة يقوم مقام السقي.

هل من شروط مساقاة الأشجار بلوغها حد الإثمار؟ من شروط صحة مساقاة الأشجار بلوغها حد الإثمار، أي أوانه، سواء كان فيها ثمر أم لا؛ فلا تصح مساقاة ما لم يبلغ حد الأطعام كالودي، فمن له شجرة لم تبلغ حد الإطعام في عام وتبلغه في عامين، لا يجوز أن يعطيها مساقاة خمس سنين؛ فإن وقع وعثر على ذلك قبل بلوغها الإطعام فسخ ذلك، وللعامل نفقته وأجرة مثله؛ وإن لم يعثر على ذلك حتى بلغت حد الإطعام وعمل العامل في تلك المدة، لم تنفسخ المساقاة في بقية المدة، ووجب للعامل في بقية المدة مساقاة المثل؛ هذا مذهب مالك[1]؛ وذهب الشافعية والحنابلة إلى أن عقد المساقاة إذا قدر بمدة لا يثمر فيها، لم تصح المساقاة أصلا لخلوها عن الغرض.

أما إن قدرت بمدة يثمر فيها غالبا، صح العقد، ولا يضركون أكثر المدة لا ثمر فيها؛ فإذا ساقاه على ودي النخل أو صغار الشجر إلى مدة يحمل فيها غالبا، ويكون له فيها جزء من الثمر معلوم، صح؛ لأنه ليس فيه أكثر من أن عمل العامل يكثر، ونصيبه يقل، وهذا لا يمنع صحتها، كما لو جعل له سهما من ألف سهم[2].

• هل يصح مساقاة ما بدا صلاحه من الثمار؟ وهل تصح على ثمار موجودة لم تبلغ حد الصلاح؟

ذهب مالك إلى أن من شروط صحة المساقاة أن يكون العقد قبل بدو صلاح الثمر، لأنه بعد طيبها لا ضرورة في المساقاة؛ وصلاح كل شيء بحسبه؛ وهذا أيضا قول عامة الفقهاء، لأن ما بقي من الأعمال بعد أن بدا صلاحه كالجذاذ ونحوه لا تزيد به الثمرة؛ وأما إن ساقاه على ثمرة موجودة، ولكن لم تبلغ حد الاستغناء عن العلاج، بحيث بقي من العمل ما تستزاد به الثمرة، كالتأبير والسقي وإصلاح الثمرة، جازت المساقاة عليها، لأنها إذا جازت في المعدومة مع كثرة الغرر فيها، فمع وجودها وقلة الغرر فيها أولى بالصحة؛ فكل ما لم يبد صلاحه واستغناؤه عن العمل ولم يصل حد جواز بيعه، صحت المساقاة عليه؛ وهذا قول الأكثرين، ومنهم مالك، وهو أحد قولي الشافعي، ورواية عن أحمد.

---

(1) شرح الخرشي على خليل، وحاشيه العدوي عليه، جـ 6 ، ص 228 ، 236.
(2) روضة الطالبين للنووي، جـ 4 ، ص 229 ، والمغني لابن قدامة، جـ 5 ، ص 578 - 579.

وقيل: لا تصح المساقاة على الثمار الموجودة وإن لم يبد صلاحها؛ وهذه رواية أخرى عن أحمد، والقول الآخر للشافعي، لأنه ليس بمنصوص عليه ولا في معنى المنصوص، فإن النبي ﷺ عامل أهل خيبر على الشطر مما يخرج من ثمر أو زرع، ولأن المساقاة على الثمار الموجودة تؤدي إلى أن تستحق بالعقد عوضاً موجوداً، ينتقل الملك فيه من رب المال إلى المساقي، فلم يصح، كما لو بدا صلاحه، ولأنه عقد على العمل في المال ببعض نمائه، فلم يجز بعد ظهور النماء كالمضاربة.

قالوا: وقول المجيزين إن المساقاة على الثمار الموجودة أقل غرراً، مردود، لأن قلة الغرر ليست من المقتضي للجواز، ولا كثرته الموجودة في محل النص مانعة من الجواز، فلا تؤثر قلته شيئا؛ والشرع ورد بالمساقاة على وجه لا يستحق العامل فيه عوضاً موجوداً، ولا ينتقل إليه من ملك رب المال شيء؛ وإنما يحدث النماء الموجود على ملكهما على ما شرطاه، فلم تجز مخالفة هذا الموضوع، ولا إثبات عقد ليس في معناه إلحاقا به[1].

ولعل القول الأول أولى، لأن المصلحة تدعو إلى ذلك، فإن كثيرا من أهل البساتين قد يعجزون عن القيام بخدمتها، وقد لا يمكنهم الاستئجار عليها، وقد يكون العجز بعد ظهور الثمار وقبل نضجها، فتصح المساقاة عليها ما دام قد بقي من العمل ما يستزاد به الثمر.

وقول المانعين إنه يؤدي إلى استحقاق العامل بالعقد عوضا موجوداً ينتقل الملك فيه من رب المال إلى المساقي، أي أنه من أكل ماله بالباطل، فلا يصح؛ هذا القول غير صحيح، لأن المالية الكاملة لا تتحقق بمجرد الظهور ما لم يبد صلاحها، ولذلك يمنع بيع الثمار قبل النضج؛ وإنما تتحقق ماليتها بنضجها، بحيث يكون ما بقي من العمل لا تزيد به الثمرة، كالجذاذ ونحوه.

هل تصح المساقاة على غير الشجر من النبات؟ الضابط في ذلك في مذهب مالك: أن كل أصل ثابت تجنى ثمرته تجوز المساقاة فيه، ما لم يحن وقت بيع ثمرته، وكل أصل غير ثابت وتُجَزُّ مع ثمرته كالزرع والبصل واللفت والجزر والفجل والمقاثي، ومنها القرع والباذنجان، تمتنع فيه المساقاة، فلا تصح فيه إلا بشروط أربعة:

---

(1) المغني لابن قدامة، جـ 5 – ص 558.

الشرط الأول: أن يعجز عن تمام عمله الذي ينمو به، سواء كان عجزه أصليا أم عارضا.

الشرط الثاني: أن يخاف عليه الهلاك، بأن يكون للنبات مؤونة لو تركت لمات؛ وهذا الشرط لا يغني عنه الأول، إذ لا يلزم من عجز صاحبه خوف موته، لأن صاحبه قد يعجز وتسقيه السماء.

الشرط الثالث: أن يبرز من الأرض ليكون مشابها للشجر.

الشرط الرابع: أن لا يبدو صلاحه، إذ لو بدا صلاحه لم تجز مساقاته؛ وهذا يشترك فيه الزرع وثمر الشجر، فإن ساقاه على الزرع قبل ظهوره من الأرض، أو ظهر ولم يعجز عن إتمام العمل، امتنع لعدم الضرورة؛ والسنة إنما وردت في زرع تابع للنخل والشجر بخيبر.

وكل ما يجز ويخلف كالبقل والكراث والقضب والموز، تمتنع فيه المساقاة مطلقا؛ وإنما منع في البقل وما معه لبعده عن محل النص، وهو الشجر.

واختلف في الريحان والقصب الحلو، قيل: يمنع فيه، لأنه يجز ويخلف كالبقل؛ وقيل: يجوز للحاجة للمساقاة في الجزة الأولى دون الخلفة، لأن الخلفة كما لم يظهر من الأرض، وقيل: القياس جواز الخلفة معه، لأنها تبع، فتجوز، كبيعها مع الأصل تبعاً[1].

* وهل الورد والياسمين والقطن مما ثمرته تجنى وهو باق، ملحقة بالزرع، فلا تجوز مساقاتها إلا بشروط الزرع المتقدمة، أو هي ملحقة بالشجر، فتجوز مساقاتها، عجز عنها أو لا؟ فيه تردد؛ ولعل الراجح الثاني؛ فالمراد بالقطن هنا الذي تجنى ثمرته ويبقى أصله فيثمر مرة أخرى، وأما ما لا تجنى ثمرته إلا مرة واحدة، فهو كالزرع.

هل يشترط رؤية أشجار المساقاة عند العقد؟ لا تشترط الرؤية عند العقد، بل يجوز مساقاة الحائط الغائب ولو بعيدا، ولكن بشرطين:

أحدهما: أن يوصف للعامل بالصفة التي لا يختلف معها كالبيع، بأن يذكر للعامل ما فيه من الدواب والآلات، أو أنه لا شيء فيه، وهل هو بعل أو يسقى بالعين، ويوصف ما هو عليه من صلابة أو غيرها، ويذكر ما فيه من أجناس وعددها، والقدر المعتاد مما يوجد فيها، فإن ساقاه على بستان بغير رؤية ولا صفة، لم يصح، لأنها معاوضة يختلف الغرض فيها باختلاف الأعيان، فلم يجز على غير معين كالبيع.

---

(1) الخرشي علي خليل جـ 6، ص 288، 230، والذخيرة للقرافي، جـ 6، ص 118 – 119.

وثاني الشرطين: أن يمكن وصوله قبل طيبه، أي شأنه أن يصله قبل الطيب، والمراد إمكان وصوله قبل الطيب؛ فلو توانى في طريقه فلم يصل إليه إلا بعد الطيب، لم تفسد المساقاة بذلك، ولكن يحط مما للعامل بسبة ذلك التواني، إلا إذا كان السقي من الله تعالى مدة تأخره، فلا يحط شيء مما للعامل؛ فلو جزم عند العقد بعدم وصوله قبل طيبه فسد، وإن وصله قبله.

ما يدخل في المساقاة بالتبع: إذا كانت المساقاة على زرع وفيه نخل يسير تبع، بأن كانت قيمته الثلث فدونه، فإن النخل يدخل في عقد المساقاة لزوما، ولا يجوز اشترطه للعامل ولا لرب الأرض، لأن السنة إنما وردت بإلغاء البياض لا بإلغاء الشجر.

وتجوز المساقاة على الزرع وعلى الشجر سواء استويا، بأن كان كل منهما النصف أو قريباً منه، أو كان أحدهما تابعاً للآخر كما تقدم؛ فإن كان مستويين اعتبرت شروط كل على حدة، وإن كان أحدهما تابعا للآخر اعتبرت شروط المتبوع؛ ثم لا بد من تساوي الجزء فيما إذا ساقى أحدهما ودخل الآخر تبعاً، أو وقعت المساقاة في كل ولو لم يكن أحدهما تبعا للآخر؛ وهذا إذا كانا في صفقة واحدة، فإن كان كل في عقد، جازت المساقاة ولو اختلف الجزء فيهما.

هل تجوز مساقاة حوائط في صفقة؟ تجوز مساقاة حوائط في صفقة واحدة بشرط أن يتفق الجزء المأخوذ للعامل من كل حائط؛ ولا تجوز بجزأين مختلفين، كأن يأخذ من هذا البستان النصف ومن الآخر الثلث، وهما بصفقة واحدة، فلا يصح، لأنه قد يثمر حائط دون آخر، فيكون سقيه وعمله في الذي لم يُثمر زيادة على العامل، انتفع بها رب الحائط دون العامل، وهذا وإن كان موجوداً مع اتفاق الجزء، لكنه مع الاتفاق كحائط واحد؛ فكما لا يؤثر عدم إثمار البعض في فساد العقد، فكذلك هذا، وهذا مذهب مالك وأصحابه؛ فلو كانت مساقاة الحوائط في صفقات جاز تعدد الجزء واختلافه[1]؛ وذهب الحنابلة إلى أنه إذا قال: ساقيتك على هذين البستانين بالنصف من هذا والثلث من هذا، صح العقد، لأنها صفقة واحدة جمعت عوضين، فصار كأنه قال: بعتك داريَّ هاتين، هذه بألف وهذه بمائة، فإنه يصح باتفاق، فكذا هنا؛ وإن قال: بالنصف من إحداهما وبالثلث من الأخرى، لم يصح، لأنه مجهول لا يدرى أيهما الذي يستحق

(1) الخرشي علي خليل، وحاشية العدوي عليه، جـ 6 ، ص 232.

نصفه، ولا الذي يستحق ثلثه؛ ولو ساقاه على بستان واحد، نصفه هذا بالنصف، ونصفه الآخر بالثلث، وهما متميزان، صح العقد، لأنهما كبستانين[1]؛ وهذا المذهب فيه مرونة تسهل على الناس اشتراط ما يرونه مصلحة لهم، ولكن مذهب مالك أحوط، لأن العامل قد يضطر لقبول شروط مجحفة؛ وكذلك مالك الحائط قد يضطر إلى قبول شروط قاسية، إذا كان اشتراط التفاوت في المأخوذ من العامل لا من المالك؛ ولم تشرع العقود لتكون وسيلة لاستغلال الناس بعضهم بعضاً.

الركن: الثالث العمل:

وشرطه في الجملة الاقتصار على عمل المساقاة، ولا يضم إليه عملاً آخر، لئلا يكون ذلك الآخر إجارة بأجرة مجهولة لغير ضرورة.

فالعمل الواجب بإطلاق في عقد المساقاة: القيام بكل ما يفتقر إليه الحائط عرفا من كل ما فيه صلاح الثمرة وزيادتها، من حرث الأرض تحت الشجر، وسقي الشجر، واستقاء الماء، وتنقية العيون والآبار مما يقع فيها من تراب أو ورق، وقطع الحشيش المضر والشوك، وقطع الشجر اليابس، وزبار الكرم، وتقليم النخل، وإصلاح الأجاحين وهي الحفر التي يجتمع فيها الماء على أصول النخل، وإقامة الأدوات التي يحتاج لها الحائط، كالدلاء والقواديس والمساحي والحبال، إذا لم تكن بالحائط قبل ذلك أو بليت، وإبدال ما رث منها، وإدارة هذه الأدوات من الدولاب وغيره، وحفظ الثمر في الشجر وبعده حتى يقسم؛ وإن كان مما يشمس فعليه تشميسه، لأن إطلاق عقد المساقاة يقتضي ذلك، فإن موضوعها على أن العمل من العامل؛ وما مات من الحيوان وكان في الحائط قبل العقد، فليس على العامل بدله؛ لأنه عليه دخل؛ ويمتنع على رب الحائط اشتراط إخلافه على العامل، لأنها زيادة تختص بصاحب الحائط، وتبقى بعد المساقاة؛ وعلى العامل نفقة من في الحائط من أجراء ودواب وكسوتهم، ولو كانوا لرب الحائط على المشهور، لأن على العامل العمل وجميع المؤن المتعلقة التي تنقطع بانقطاعها الثمرة، إذ الغرض من المساقاة على ذلك يقع؛ وعن مالك: نفقة الدواب والأجراء الذين كانوا في الحائط على رب الحائط لأنها ملكه؛ وعلى العامل الحصاد والجذاذ والدراس.

---

(1) المغني، جـ 5 ، ص 560.

وضبط بعضهم ما على كل من العامل ورب الحائط، فقال: «على العامل كل ما فيه نفع للثمرة، ولا يبقى نفعه لرب الحائط بعد المساقاة، أو يبقى اليسير الذي لا قدر له؛ وكل ما لا يتعلق بالثمرة لا يلزم العامل، ويمتنع اشتراطه عليه، لأن المساقاة جوزت للضرورة، فلا يجوز في غير الثمرة إلا ما يجوز في البيوع، والزائد على ذلك إما إجارة مجهولة أو بيع الثمرة قبل بدو صلاحها».

وضبط آخرون ذلك: بأن كل ما يتعلق بالثمرة وينقطع بانقطاعها أو بعدها بالسير فهو لازم للعامل ويجوز اشتراطه عليه؛ ويمتنع اشتراط ما يبقى بعدها كثيرا، كحفر بئر، أو بناء بيت يجنى فيه الثمر، أو إنشاء غرس، لأنها زيادة تبقى بعد المساقاة؛ ويجوز اشتراط ما تخف مؤونته كشد الحظار واليسير من إصلاح الظفير، وهو محبس الماء كالصهريج؛ فإن لم تشترط هذه الأمور فهي على رب الحائط[1].

ومن شروط العمل في المساقاة أن لا يشترط عند العقد على العامل ما ليس من أعمال المساقاة كما تقدم، وذلك كأن يشترط رب الحائط على العامل أن يكفيه مؤونة حائط آخر، بأن يعمل له بغير عوض، أو يشترط رب الحائط على العامل عند عقد المساقاة أن يحمل إليه ما يخصه من الثمرة إلى منزله، أو يشترط عليه أن يقوم لحساب رب الحائط بأعمال خارج عمل المساقاة، كبيع سلعة، وطحن حبوب، أو يشترط عليه إنشاء شيء في الحائط لم يكن موجوداً وقت العقد، إلا ما كان يسيرا فيجوز، أو يشترط صاحب الحائط على العامل القيام بعمل يبقى في الحائط بعد انقضاء عقد المساقاة، كحفر بئر، أو إصلاح أرض بالتسوية، أو بناء حائط بها إذا كان ذلك بشرط؛ وإن فعل بغير شرط فلا مانع، لأنه معروف؛ وقد ذكرنا فيما سبق ضوابط للأعمال التي على العامل، والتي على صاحب البستان، فكن على ذكر بها.

وما كان في الحائط عند العقد من الدواب والدلاء والحبال والحديد ونحوها يكون على ما هو عليه، ولا يخرج منه، ولا يجوز اشتراط نزع ذلك؛ وما هلك منه فعلى صاحب الحائط إخلافه، لأنه مما تناوله العقد، وعليه دخل العامل، ولأنه عليه الصلاة والسلام لم يزد ولا نقص مما كان في خيبر؛ وما لم يكن عند العقد من الدواب والدلاء والحبال وأداة الحديد ونحوها على العامل، لأنها أسباب صلاح الثمرة، وقد التزم إصلاحها.

---

(1) الذخيرة، ج 6، ص 90 - 102.

ومن شروط المساقاة أيضا عدم اشتراط مشاركة المالك في العمل؛ وإن شرط ذلك فسد العقد، لأن يد المالك إذا بقيت على الحائط أو الزرع فإنه يكون بذلك لم يرض بأمانة العامل؛ نعم يجوز مشاركة غلام رب الحائط إذا كان الحائط كبيرا، وهذا إذا شرطا معاونة الغلام، ويكون تحت تدبير العامل؛ أما لو شرطا اشتراك الغلام والعامل في التدبير، ويعملان ما اتفقا عليه، لم يجز، لأن يد الغلام في هذه الحالة كيد صاحب الحائط[1].

ويجوز لعامل المساقاة أن يساقي عاملا آخر بغير إذن رب الحائط، ولو كان هذا الثاني أقل أمانة من الأول، بأن يكون عنده تساهل وعند الأول تشديد؛ وهذا بخلاف عامل القراض، فإنه لا يجوز له أن يقارض عاملا آخر، ولو كان أمينا، والفرق أن مال القراض يغاب عليه، والحائط لا يغاب عليه؛ ثم إن العامل الثاني في المساقاة يحمل أمره على ضد الأمانة حتى يتبين أنه أمين، إذ الأصل في الناس التجريح والتهمة لا العدالة؛ فإذا وقع من هذا العامل تقصير، فإن العامل الأول يضمن موجب فعله إن كان غير أمين، وسواء كانت المساقاة في زرع أم شجر؛ فلو ساقى غير أمين وقال: ظننته أمينا، فالظاهر أنه لا ضمان عليه إلا إذا كان ظاهر الفسق؛ وأما ورثة عامل المساقاة فيحملون على الأمانة، لأن الوارث ثبت له حق مورثه، فلا يزال عنه إلا بأمر محقق.

الركن الرابع: ما يشترط للعامل:

تجوز المساقاة بجزء للعامل قل أو كثر؛ ويشترط فيه:

أن يكون معلوما بالنسبة، كالنصف والثلث، لا بالتقدير، لأنه مورد السنة؛ وقياسا على القراض فلا تجوز بكيل معلوم من الثمرة، كما لو ساقاه على أصع معلومة، كعشرة، أو جعل مع الجزء المعلوم أصعا، لم تجز المساقاة؛ لأنه ربما لا يحصل ذلك المقدار، أو لا يحصل غيره، فيتضرر صاحب الحائط، أو ربما كثر الحاصل، فيتضرر العامل؛ وإن عقد على جزء مبهم كالسهم والجزء والنصيب، لم يجز، لأنه إذا لم يكن معلوماً لم يمكن القسمة بينهما.

وأن يكون مشاعاً في جميع الحائط، فلا يصح أن يكون من ثمر شجر معين من الحائط، أو نخلات بعينها، لأنها قد لا تحمل، فتكون الثمرة كلها لرب الحائط، وقد لا

---

(1) روضة الطالبين للنووي، ج 4 ، ص 231 ، والخرشي وحاشية العدوي، ج 6 ، ص 234.

تحمل غيرها فتكون الثمرة كلها للعامل؛ وكذا لا تجوز مساقاة حائطين بثمرة أحدهما للعامل وثمرة الآخر لرب المال، لأن العامل قد يعتني بالحائط الذي له ثماره؛ ولهذه العلة نهى النبي ﷺ عن المزارعة التي يجعل فيها لرب الأرض مكانا معيناً وللعامل مكانا معينا؛ قال رافع بن خديج: «كنا نكري الأرض على أن لنا هذه ولهم هذه، فربما أخرجت هذه ولم تخرج هذه، فنهانا عن ذلك، فأما الذهب والورق فلم ينهنا»، متفق عليه؛ واشتراط الجزء المعلوم للعامل، لأنه إنما يأخذ بالشرط، فالشرط يراد لأجله، ورب المال يأخذ بماله لا بالشرط؛ فإذا قال: ساقيتك على أن لك ثلث الثمرة، صح العقد، وكان الباقي لرب الحائط.

هل يشترط عدم اختلاف الجزء المأخوذ في الكم أو النوع؟ في ذلك خلاف:

1 - فذهب مالك وأصحابه إلى أنه يشترط في الجزء المأخوذ أن لا يكون مختلفا؛ فلو كان في الحائط أصناف من التمر، وشرط أن يأخذ من صنف منها النصف، ومن صنف آخر الثلث، لم يجز؛ وكذا لو كان فيه أنواع من الثمار كبلح، وعنب، وتين، وزيتون، ورمان، وغير ذلك، فساقاه في نوع من الثمار بالنصف، وفي نوع منها بالثلث، لم يجز ذلك؛ ولو ساقى رجل على حائطين، أحدهما على جزء والآخر على جزء آخر، لم يجز أيضا؛ ولو عقدا على حائطين بصفقة واحدة، على أن يكون ثمر أحدهما بينهما، وثمر الآخر للعامل أو لرب المال، لم يجز أيضا.

واحتج مالك بفعله عليه الصلاة والسلام بخيبر، وذلك أنه ساقى على حوائط مختلفة بجزء واحد[1].

2 - وأجاز الشافعية والحنابلة أن يكون الجزء المشروط للعامل مختلفا في الكم؛ فإذا كان في الحديقة صنفان فصاعدا من التمر، كالصيحاني والعجوة والدقل، فساقاه على أن له النصف من الصيحاني، ومن العجوة الثلث، ومن الدقل الربع، وكانا يعلمان قدر كل صنف في البستان، صح العقد؛ ومعرفة كل صنف يكون بالنظر والتخمين دون التحقيق.

---

(1) الخرشي علي خليل، جـ 6 ، ص 228 ، والذخيرة، جـ 6 ص 102 – 103 ، وبداية المجتهد، جـ 5 ، ص 181. طبعة جديدة.

وإذا كان في البستان شجر من أجناس كالتين، والزيتون، والكرم، والرمان، والنخل، فشرط للعامل من كل جنس قدرا، كنصف ثمر التين، وثلث الزيتون، وربع الكرم، وخمس الرمان، وهما يعلمان قدر كل نوع، صح، لأن ذلك كأربعة بساتين، ساقاه على كل بستان بقدر مخالف للقدر المشروط من الآخر؛ وإن لم يعلما قدر كل نوع، أو لم يعلم أحدهما، لم يجز، لأنه قد يكون أكثر ما في البستان من النوع الذي شرط فيه القليل، أو يكون أكثره مما شرط فيه الكثير، فيكون مجهولا فيدخله الغرر.

وإن كان البستان لاثنين فساقيا عاملا واحدا، على أن له نصف نصيب أحدهما وثلث نصيب الآخر، والعامل عالم بنصيب كل واحد منهما، جاز، لأن عقد الواحد مع الاثنين عقدان؛ ولو أفرد كل واحد منهما بعقد كان له أن يشرط ما اتفقا عليه؛ وإن جهل نصيب كل واحد منهما لم يجز، لأنه غرر، فإنه قد يقل نصيب من شرط النصف فيقل حظه، وقد يكثر فيتوفر حظه؛ فأما إن شرطا قدرا واحداً من مالهما جاز، وإن لم يعلم قدر ما لكل منهما، لأنها جهالة لا غرر فيها ولا ضرر، فصار كما لو قالا: بعناك دارنا هذه بألف، ولم يعلم نصيب كل واحد منهما، فإنه يجوز، لأنه أيَّ نصيب كان فقد علم عوضه، وعلم جملة المبيع فصح، فكذا ههنا.

ولو كانت الحديقة لواحد فساقى اثنين على أن يكون لأحد العاملين نصف الثمرة وللآخر ثلثها، في صفقة أو صفقتين، جاز، بشرط أن يعين من له النصف ومن له الثلث.

ولو ساقاه على أنه إن سقى بماء السماء فله الثلث، وإن سقى بكلفة فله النصف، لم يصح، لأن العمل مجهول، والنصيب أيضا مجهول، فهو في معنى بيعتين في بيعة.

ولو ساقاه في هذا الحائط بالثلث على أن يساقيه في الحائط الآخر بجزء معلوم، لم يصح، لأنه شرط عقدا في عقد، فصار في معنى بيعتين في بيعة، كقوله بعتك ثوبي على أن تبيعني ثوبك؛ وإنما فسدت هذه الصورة لمعنيين:

أحدهما: أنه شرط في العقد عقدا آخر، والنفع الحاصل بذلك مجهول، فكأنه شرط العوض في مقابلة معلوم ومجهول؛ والثاني: أن العقد الآخر لا يلزمه بالشرط فيسقط الشرط، وإذا سقط وجب رد الجزء الذي تركه من العوض لأجله، وذلك مجهول، فيصير الكل مجهولا فيمتنع[1].

(1) انظر روضة الطالبين للإمام النووي، ج 4 ، ص 229 – 230 ، والمغني لابن قدامة، ج 5 ، ص 561 – 562.

الركن الخامس الصيغة:

لا تصح المساقاة بدون الصيغة؛ ولا تنعقد عند ابن القاسم صاحب مالك إلا بلفظ ساقيت من البادئ منهما، كأن يقول: ساقيتك على ما في النخل بالنصف أو غيره، فيقول الآخر: قبلت، أو ما يقوم مقامه من القول أو الفعل، لأن مطلوب الشرع ما يدل على الرضا، فيتحقق القبول بالقول أو الفعل؛ فلا تصح بلفظ الإجارة؛ فلو قال: استأجرتك على عمل حائطي بنصف من الثمرة، لم تصح المساقاة، كما لا تصح الإجارة بلفظ المساقاة لمباينة البابين بالمسامحة في الغرر ونفيه.

وقال سحنون: تنعقد المساقاة بلفظ الإجارة، لأن كليهما عقد على منافع؛ وأجاز مالك الإجارة بلفظ المساقاة، كأن يقول: ساقيتك على نخلي هذا بثمر من نخل آخر، فإن هذا لا يصح مساقاة لفقدان شرطها، فجعله إجارة ولم يلتفت إلى لفظ المساقاة؛ والأصح عند أصحابه هو قول ابن القاسم[1]؛ هذا، وقد اختار كثير من محققي المالكية انعقادها بلفظ عاملت لورودها في الحديث، إذ جاء فيه عامل رسول ﷺ.

أما الشافعية والحنابلة فقالوا: لا تنعقد المساقاة بدون لفظ كالمعاطاة ونحوها، ولكن لا يشترط فيها لفظ معين، فتصح بلفظ المساقاة، كأن يقول: ساقيتك على هذا النخيل بكذا؛ وهذا اللفظ هو أشهر الصيغ فيها؛ وتنعقد كذلك بكل لفظ يؤدي معناها، نحو عاملتك، وفالحتك، وسلمت إليك نخيلي لتتعهده على كذا، أو اعمل على هذا النخيل، أو تعهد نخلي بكذا، أو اعمل في بستاني حتى تكمل ثمرته، وما أشبه ذلك؛ فهي على هذا من العقود التي تنعقد بالكناية، لأن المقصود المعنى؛ فإذا أتى بها بأي لفظ دل عليها، صح العقد كالبيع.

وإن قال: استأجرتك لتتعهد نخيلي بكذا من ثماره، أو لتعمل في هذا الحائط حتى تكمل ثمرته بنصف ثمرته، ففي صحته قولان؛ وكذا لو عقدا الإجارة بلفظ المساقاة، كأن يقول: ساقيتك على أن تتعهد لي هذا البستان بعشرين دينارا، ففي صحته قولان أيضا:

أحدهما: الصحة لما بين البابين من المشابهة، واحتمال كل لفظ معنى الآخر، ولأن الغرض المعنى، ولفظ كل منهما يؤدي معنى الآخر، فيصح به العقد كسائر الألفاظ،

---

(1) الذخيرة للقرافي جـ 6 [104].

لأن كلا من الإجارة والمساقاة وإن كان صريحاً في بابه يكون كناية في الآخر ما دام لم يستعمل في بابه؛ وهذا القول هو الأصح.

والثاني: عدم الصحة، لأن لفظ الإجارة صريح في غير المساقاة، فإن أمكن تنفيذه في موضوعه نفذ فيه، وإلا فلا، وهو إجارة فاسدة، ولأن الإجارة يشترط فيها كون العوض والعمل معلوما، وتكون لازمة بخلاف المساقاة؛ والخلاف راجع إلى أن الاعتبار هل هو باللفظ أو بالمعنى؟[1] وعلى كل، فقول من أجازها بكل لفظ يدل عليها هو الصحيح.

ثالثا: الأحكام الطارئة بعد انعقادها:

وفي ذلك مسائل:

المسألة الأولى: في لزومها بالعقد أو عدم لزومها:

جمهور الفقهاء على أن المساقاة عقد لازم بالإيجاب والقبول، لأنه عقد معاوضة، فكان لازما كالإجارة، ولأنه لو كان جائزا لجاز لرب المال فسخه إذا ظهرت الثمرة، فيسقط حق العامل، فيتضرر.

فإن قيل: إن القول بلزومها مشكل من حيث إنها وردت على الذمة، فأشبهت بيع الدين بالدين، لأن العمل دين على العامل، والثمرة وإن لم تكن دينا إلا أنها معدومة، فهي في معنى الدين، وبيع الدين بالدين مجمع على بطلانه.

وأجيب بأن بيع الدين بالدين قد يجوز للحاجة، كما في الحوالة، والمساقاة أولى بالجواز، لشدة الحاجة إليها.

وقال سحنون من أصحاب مالك: إنها لازمة في أولها كالإجارة، وآخرها كالجعالة إذا عجز، لأن الجعل إذا عجز فيه لم يكن للعامل شيء.

وقيل: لا تلزم المساقاة بالعقد؛ وهذا أشهر الروايتين عن الإمام أحمد وقول عند المالكية.

واحتج الإمام أحمد ومن وافقه، بما روى مسلم بإسناده عن ابن عمر رضي الله عنهما، أن اليهود سألوا رسول الله ﷺ أن يقرهم بخيبر على أن يعملوها، ويكون لرسول الله ﷺ شطر ما يخرج منها من ثمر أو زرع، فقال رسول الله ﷺ: «نقركم

---

(1) روضة الطالبين للنووي، جـ 4، ص 233 - 234 ، والمغني جـ 5، ص 564 - 565.

على ذلك ما شئنا»؛ ولو كان العقد لازما لم يجز بغير تقدير مدة، ولا أن يجعل الخيرة إليه في مدة إقرارهم، ولأن النبي ﷺ لو قدر لهم مدة لنقل، لأن هذا مما يحتاج إليه، فلا يجوز الإخلال بنقله؛ وعمر رضي الله عنه أجلاهم من أرض الحجاز وأخرجهم من خيبر، ولو كانت لهم مدة مقدرة لم يجز إخراجهم فيها.

وأجيب عن هذا أن المدة كانت تجدد، ولم يتعرض الرواي لذلك، فيجب اعتقاده جملة لتصرفه ﷺ بما لا جهالة فيه؛ ومعنى قوله «نقركم على ذلك ما شئنا»: أي في المعاملة الثانية، أو في العقود المتجددة؛ وفي هذا الجواب ضعف، لأن كون الرواي لم يتعرض لتجديد المدة، مجرد احتمال.

ومن يقولون بعدم لزومها أجابوا عن أدلة القائلين باللزوم، فقالوا: إن المساقاة عقد على جزء من نماء المال، فكان غير لازم كالمضاربة؛ وقول المخالف إنها كالإجارة فتلزم بالإيجاب والقبول، غير مسلم، لأنها تفارق الإجارة من حيث إن الإجارة بيع المنافع، فكانت لازمة كبيع الأعيان، ولأن عوض الإجارة معلوم فأشبهت البيع؛ وقياس المساقاة على الإجارة في اللزوم بالإيجاب والقبول بجامع أن كلا منهما عقد معاوضة، منقوض بالمضاربة، فإنها عقد معاوضة لا تلزم، والمضاربة أشبه بالمساقاة من الإجارة، فقياس المساقاة على المضاربة أولى من قياسها على الإجارة؛ فالشبه بين المضاربة والمساقاة أقوى، لأن كليهما عقد ضرورة.

وأما الجواب عن قولهم: إن عدم لزوم المساقاة يفضي إلى أن رب المال يفسخ بعد إدراك الثمرة، فيقال لهم: إن الثمرة إذا ظهرت، ظهرت على ملكيهما، فلا يسقط حق العامل منها بفسخ ولا غيره، كما إذا فسخ المضارب بعد ظهور الربح؛ فعلى هذا لا يفتقر إلى ذكر مدة، لأن النبي ﷺ لم يضرب لأهل خيبر مدة معلومة، ولا خلفاؤه حين عاملوهم، ولأنه عقد غير لازم فلم يفتقر إلى ضرب مدة كالمضاربة وسائر العقود الجائزة (غير اللازمة).

ومتى فسخ أحدهما بعد ظهور الثمرة فهي تكون بينهما على ما شرطاه، وعلى العامل إتمام العمل، كما يلزم المضارب بيع العروض إذا فسخت المضاربة بعد ظهور الربح؛ وإن فسخ العامل قبل ذلك فلا شيء له، لأنه رضي بإسقاط حقه، فهو كعامل المضاربة إذا فسخ قبل ظهور الربح، وكعامل الجعالة إذا فسخ قبل إتمام عمله، فإن فسخ رب المال قبل

ظهور الثمرة، فعليه أجر المثل للعامل، لأنه منعه إتمام عمله الذي يستحق به العوض، فأشبه ما لو فسخ الجاعل قبل إتمام عمل الجعالة.

ورب المال في المساقاة يفارق رب المال في المضاربة إذا فسخها قبل ظهور الربح، فليس عليه أجر المثل للعامل، لأن عمل عامل المساقاة مفض إلى ظهور الثمرة غالبا، فلولا الفسخ لظهرت الثمرة فملك نصيبه منها، وقد قطع ذلك بفسخه، فأشبه فسخ الجعالة؛ بخلاف المضاربة، فإنه لا يعلم إفضاؤها إلى الربح، ولأن الثمرة إذا ظهرت في الشجر كان العمل عليها في الابتداء من أسباب ظهورها، بخلاف الربح، فإنه إذا ظهر في المضاربة قد لا يكون للعمل الأول فيه أثر أصلاً.

هذا ما ذكره الحنابلة لنصرة القول بأن المساقاة عقد غير لازم، وما ذكروه قوي لا يعارضه دليل من يرى لزومه من حيث النظر؛ غير أن عدم لزوم العقد معناه جواز فسخه في أي وقت، وذلك قد يؤدي إلى تصرف غير عادل؛ نتصور ذلك فيما إذا كان الفسخ من رب المال قبل ظهور الثمر، فقد أوجبوا عليه أجر المثل للعامل، من أجل أنه منعه من إتمام عمله الذي يستحق به العوض؛ ولكن أجر المثل هذا قد لا ينصف العامل إذا قورن بما بذله من العمل الذي قام به قبل فسخه، فقد يكون الإنتاج وفيرا بسبب عمله، لا يعوض نصيبه ما أخذه من أجر المثل، وقد يستغل المالك حق الفسخ، فيجحف في حق العامل بالالتجاء إليه بلا سبب؛ فالقول بلزوم العقد في المساقاة أقرب إلى تحقيق المصلحة رغم وهن الدليل.

المسألة الثانية: في التوقيت:

إذا قلنا: إن المساقاة غير لازمة، فلا تفتقر إلى ضرب مدة كالمضاربة والجعالة، وإن قلنا: إنها لازمة، فهل تصح بدون توقيت؟

قال الأكثرون: يشترط لصحة المساقاة أن تكون مؤقتة؛ ثم قال المالكية: لا بد أن يكون توقيتها إلى الجذاذ، وتصح على سنين معلومة ما لم تكثر جدًّا؛ فإن كثرت جدًّا فلا تصح، والكثيرة جدًّا هي التي لا تنقضي إلا بتغير أصول الشجرة؛ وإذا وقعت جائزة على السنين الكثيرة فالسنة الأخيرة لا بد أن تكون بالجذاذ، وسواء تقدم الجذاذ أو تأخر؛ ولا يجوز التوقيت بالشهور العربية، لأن كل ثمرة تُجذُّ في وقتها لا بالشهور العربية، لأنها تدور، إلا إذا وقتت بالعربية وطابقت الجذاذ، بأن يشرط من الشهور أو السنين ما

يوافق الجذذات؛ ويجوز التوقيت بالشهور العجمية، لأن كل ثمرة تُجَذُّ في وقتها، والشهور العجمية لا تدور، فمثلا جرت العادة أن بعض الثمار يكون جذاذها دائما في شهر أوت أو سبتمبر.

وقال بعض الناس: لا يجوز التوقيت بأكثر من ثلاثين سنة، وهذا تحكم وتوقيت لا يصار إليه إلا بنص أو إجماع، ولا نص ولا إجماع؛ بل الصحيح في ضبط الكثرة المانعة أن لا تكون المساقاة مدة تتغير فيها أصول الأشجار.

ودليل وجوب التوقيت هو أن المساقاة أشبه بالإجارة من حيث إنها تقتضي العمل بالعين مع بقائها، ولأنها إذا وقعت مطلقة غير معلومة المدة، لم يمكن حملها على إطلاقها مع لزومها، لأنها في هذه الحالة تؤدي إلى أن العامل يستبد بالشجر كل مدته، فيصير كالمالك؛ ولا يمكن تقديره بالسنة، لأنه تحكم، وقد تكمل الثمرة في أقل من السنة؛ فعلى هذا لا تتقدر أَكْثَرُ المدة، بل يجوز ما يتفقان عليه من المدة التي يبقى الشجر فيها.

فأما أقل المدة فتتقدر بمدة تكمل فيها الثمرة، ولا يجوز على أقل منها، لأن المقصود اشتراكهما في الثمرة، ولا توجد في أقل من هذه المدة؛ فإن ساقاه على مدة لا تكمل فيها الثمرة فالمساقاة فاسدة؛ فإذا عمل فيها فظهرت الثمرة ولم تكمل، قيل: له أجر مثله، وقيل: لا شيء له، لأنه رضي بالعمل بغير عوض، فكان كالمتبرع، والأول أصح؛ لأن هذا لم يرض إلا بعوض، وهو جزء من الثمرة، وذلك الجزء موجود لكن لا يمكن تسليمه إليه؛ فلما تعذر دفع العوض الذي اتفقا عليه كان له أجر مثله، كما في الإجارة الفاسدة، بخلاف المتبرع فإنه رضي بغير شيء؛ وأما إن لم تظهر الثمرة فلا شيء له، لأنه رضي بالعمل بدون عوض[1].

فإن ساقاه إلى مدة تكمل فيها الثمرة غالبا فلم تحمل تلك السنة، فلا شيء للعامل، لأنه عقد صحيح لم يظهر فيه النماء، فأشبه القراض (المضاربة) إذا لم يربح فيها؛ وإن ظهرت الثمرة، ولم تكمل، فله نصيبه منها، وعليه إتمام العمل فيها، كما لو انفسخت قبل كمالها.

---

(1) انظر ما تقدم: الخرشي، جـ 6 ، ص 230 – 233 ، والذخيرة، جـ 6 ، ص 114 ، والمغني والشرح الكبير ، جـ 5 ، ص 566 – 570.

وإن شرطا مدة قد تكمل فيها الثمرة وقد لا تكمل، قيل: المساقاة تصح، لأن الشجر يحتمل أن يحمل ويحتمل أن لا يحمل، والمساقاة جائزة فيه؛ وقيل: لا يصح، وهو الأصح، لأنه عقد على معدوم ليس الغالب وجوده، فلم يصح، كالسلم فيما يغلب عدمه، ولأن ذلك غرر يمكن التحرز منه، فلم يجز العقد معه، كما لو شرط ثمرة نخلة بعينها؛ ويفارق ما إذا شرط مدة تكمل فيها الثمرة، فلم تثمر لأن الغالب في تلك الشجر يحمل، واحتمال أن لا يحمل نادر لم يمكن التحرز منه.

ثم إن قلنا: العقد صحيح، فله من الثمرة إن حمل الشجر، وإلا فلا شيء له؛ وإن قلنا: العقد فاسد، وهو الأصح كما تقدم، استحق أجر المثل، سواء حمل الشجر أم لم يحمل، لأنه لم يرض بغير عوض، ولم يسلم له العوض المعقود عليه، فاستحق أجر المثل.

والمساقاة إذا كانت فيما يطعم بطنين في السنة، ويتميز أحدهما عن الآخر، كما في بعض أجناس التين في بعض البلدان، فانتهاؤها بانتهاء البطن الأول، إلا أن يشترط في العقد دخول الثاني فيعمل به؛ فإن كانت لا تتميز كالنبق والجمير والتوت، حملت المساقاة على جملة البطون، فيكون العقد على آخر البطن؛ وأما الذي له بطون لا تتميز ولا تنقطع بالكلية كالموز، فلا تصح المساقاة عليه لعدم معرفة مدة انتهائه.

المسألة الثالثة: في حكم المساقاة عند عجز العامل عن العمل، أو موته، أو هربه:

أ - أما في حالة عجز العامل عن العمل، فقد اختلفوا فيه؛ فذهب مالك وأصحابه إلى أن عامل المساقاة إذا عجز عن سقي الحائط، فإن وجد شخصا أمينا يساقيه مكانه ويقوم مقامه، سلم إليه الحائط، ولا يرد لمالكه ما دام العامل قد وجد أمينا يضمه إليه، فتبقى يده على الحائط، إذ لا ضرر في بقاء يده عليه ما دام قد وجد أمينا يساقي مكانه ويقوم مقامه في العمل المستحق[1]؛ وإذا عجز العامل بعد بدوّ صلاح الثمرة، فإنه لا يساقي غيره، بل يستأجر من يعمل معه، فإن لم يوجد إلا بيع نصيبه فعل، فإن فضل شيء رد له.

وذهب بعض الأئمة إلى أن العامل إذا عجز عن العمل كله أو بعضه أقام مقامه من يعمل له، والأجرة عليه، لأن من واجب العامل توفية العمل، وإقامة من يقوم مقامه في العمل وسيلة توفية العمل المستحق؛ وهذا مذهب الحنابلة[2].

(1) شرح الخرشي علي خليل، جـ 6، ص 228 - 229، والذخيرة، جـ 6 ص 109

(2) - المغني، جـ 5 ، ص 575.

ب - وأما موت العامل قبل إتمام العمل، فقد اختلفوا فيما يلزم فعله إذا مات العامل قبل تمام العمل؛ فإن خلف تركة تمم وارثه العمل، بأن يستأجر من يعمل؛ ويكون الأجر من التركة، لأن العمل في المساقاة مضمون في ذمة العامل، لأنه عقد لازم، فأشبه الإجارة، فيجب توفية عمله من ماله حتى يكمل العمل؛ فإن امتنع من الاستئجار من التركة استأجر الحاكم منها من يكمل العمل.

فإن لم يكن للعامل الميت تركة، أو تعذر الاستئجار؛ فإن أتم الوارث العمل بنفسه، أو استأجر من ماله من يتم، فعلى المالك تمكينه إذا كان أمينا مهتديا إلى أعمال المساقاة، ويسلم له المشروط في العقد؛ وإن أبى الوارث العمل فيه بنفسه أو الاستئجار من ماله من يتمه، لم يجبر عليه على الصحيح، لأن الوارث لا يلزمه من الحقوق التي على مورثه إلا ما أمكن دفعه من تركته، والعمل في المساقاة ليس مما يمكن فيه ذلك، لأن إتمام العمل هنا لمنافع الوارث، والمرء لا يجبر علىالعمل لمنافع نفسه.

فإذا لم يخلف العامل الميت مالا ،وعجز الوارث عن القيام بإتمام العمل، أو أبى، فإن الحائط يسلم لربه، ولا شيء للوارث لشبه المساقاة بالجعل، والجعل إذا عجز فيه لم يكن للعامل فيه شيء؛

ولكن قياس المساقاة على الجعل يقتضي أن عامل المساقاة إذا عجز عن العمل أو مات ولم يمكن الاستئجار على إتمامه، وأتمه صاحب الحائط، وسَلِمَتْ الثمرة، فإن للعاجز ولوارثه إن مات الأجر بقدر ما انتفع صاحب الحائط بعمل العاجز قبل عجزه، قياساً على حافر البئر إن تركه قبل الإتمام في الجعالة، فأجر صاحب البئر غيره فأتمه، فإن للأول من الجعل بقدر ما انتفع به، فكذا هنا في المساقاة.

هذا كله على القول بأن المساقاة من العقود اللازمة؛ أما على القول بأنها من العقود الجائزة التي يجوز لكل منهما فسخها متى شاء، فإنها تنفسخ بالموت والجنون والحجر عليه للسفه كالمضاربة، فيكون الحكم كما لو فسخها أحدهما.

ج - وإذا هرب العامل قبل إتمام العمل، فعلى القول بأنها عقد غير لازم جاز لرب المال الفسخ؛ وأما على القول بأنها لازمة بالعقد، فإن تبرع المالك بالعمل أو بمؤونة من يعمل بقي استحقاق العامل بحاله، وإلا رفع الأمر إلى الحاكم، وأثبت عنده المساقاة ليطلبه الحاكم؛ فإن وجده أجبره على العمل، وإلا استأجر عليه من يعمل؛ فإن كان للعامل مال فمنه الاستئجار، وإن لم يكن له مال ففيه تفصيل؛ فإن كان هربه بعد بدو الصلاح وجواز البيع، باع نصيب العامل كله أو بعضه بحسب الحاجة، سواء كان البيع

للمالك أم لغيره، واستأجر بثمنه؛ وإن كان قبل بدو الصلاح - قبل خروج الثمرة أو بعده - استقرض عليه الحاكم من المالك أو غيره، أو من بيت المال (الخزينة العامة)، واستأجر به، ثم يقضيه العامل إذا رجع، أو يقضي من نصيبه من الثمرة بعد بدو الصلاح أو الإدراك؛ ولو وجد من يعمل بأجرة مؤجلة إلى وقت إدراك الثمرة فعل، واستغنى عن الاقتراض.

ومتى تعذر إتمام العمل بالاستقراض وغيره، فإن لم تكن الثمرة خرجت فللمالك فسخ العقد على الصحيح للتعذر والضرورة، وإن كانت قد خرجت فهي مشتركة بينهما؛ فإن بدا صلاحها بيع نصيب العامل كله أو بعضه بقدر ما يستأجر به عامل، وإن لم يبد صلاحها تعذر بيع نصيبه وحده، لأن بيع الثمار قبل بدوّ صلاحها لا يجوز إلا بشرط القطع وعدم الإبقاء، وبيع نصيب العامل وحده بهذا الشرط غير ممكن؛ إذ لا يمكن قطعه إلا بقطع نصيب المالك، لأنه مشاع، فيقف إمكان قطعه على قطع ملك غيره؛ فلو اشترى المالك نفسه نصيب العامل صح عند من يرى أن بيع الثمار قبل ظهور صلاحها لصاحب الشجرة يغني عن اشتراط القطع؛ فالحل إما أن يبيع المالك نصيبه مع نصيب العامل ليشترط القطع في الجميع، وإما أن يشتري المالك نفسه نصيب العامل إن قلنا بصحة ذلك.

وقيل: يجوز الفسخ بعد خروج الثمرة أيضا؛ فإذا فسخ المالك غرم للعامل أجرة مثل ما عمل، ولو أراد المالك البقاء على المساقاة لم تنفسخ؛ ثم إن أنفق على الحائط واستأذن الحاكم في الإنفاق ليرجع بما أنفق على العامل فله الرجوع عليه؛ فإن عجز عن استئذان الحاكم فأنفق، ولكنه أشهد على العمل بنفسه أو الاستئجار عليه، وأنه بذل ذلك بشرط الرجوع، رجع بما أنفق على أحد الوجهين، لأنه مضطر[1].

المسألة الرابعة: في أمانة العامل:

العامل في المساقاة أمين، فالقول قوله فيما يدعيه من هلاك، أو يدعى عليه من خيانة ونحوها؛ فإذا ادعى المالك عليه السرقة والخيانة في الثمر أو السعف فلا تقبل دعواه حتى يبين قدر ما خان أو سرق فيه، ويحرر الدعوى؛ فإذا حررها وأنكر العامل، فالقول قول

---

(1) راجع ما تقدم في موت العامل أو هربه: الذخيرة، جـ 6، ص 112 ، وروضة الطالبين للنووي، جـ 4، ص 237 - 239، والمغني، جـ 5 ، ص 573 - 574.

العامل بيمينه؛ فإن ثبتت خيانته أو سرقته ببينة أو بإقراره أو بيمين المالك بعد نكول العامل، فقيل يضم إليه أمين يشرف عليه، وقيل يستأجر عليه من يعمل عنه.

والتحقيق أن يقال: إن أمكن حفظه بضم مشرف قنع به، وإلا أزيلت يده بالكلية عن الحائط، واستؤجر عليه من يعمل؛ ثم إذا استؤجر عليه فالأجرة في ماله؛ وأما أجرة المشرف فعليه أيضا على الراجح؛ هذا مذهب الشافعي وأحمد وأحد القولين عند أصحاب مالك؛ والقول الآخر عندهم: إذا ثبتت خيانته لا يقام غيره مقامه بل يحفظ منه، لأن فسقه لا يمنع استيفاء المنافع المعصورة منه، فأشبه ما لو فسق بغير الخيانة.

والصواب القول الأول، لأنه مع خيانته وسرقته تعذر استيفاء المنافع المقصودة منه، فاستوفيت بغيره كما لو هرب؛ ولا يُسلم إمكان استيفاء المنافع منه، لأنه لا يؤمن من تركها ولا يوثق منه بفعلها، فيقال له: لم يمكن حفظها من خيانتك، أقم غيرك يعمل ذلك، وارفع يدك عنها، لأن الأمانة قد تعذرت في حقك، فلا يلزم رب المال ائتمانك.

وفارقت الخيانة الفسق بغيرها، إذ لا ضرر على رب المال بفسقه بغير الخيانة، وأما ههنا فيفوت مال[1].

المسألة الخامسة: في من المصدق منهما عند الاختلاف؟

أ - إذا اختلفا في قدر المشروط للعامل قبل العمل ولا بينة، وأتيا بما يشبه، تحالفا وتفاسخا، ولا شيء للعامل.

وإن اختلفا بعد العمل، فعند مالك صدق العامل بيمينه، إذا أتى بما يشبه، لأنه أقوى سببا لتسلمه الحائط والعمل؛ فإن أتى المالك وحده بما يشبه صدق مع يمينه؛ فإن نكلا أو أتيا جميعا بما لا يشبه، وجب فيه مساقاة المثل؛ فإن أتى أحدهما قبل العمل بما يشبه دون الآخر، فقيل: القول قول من أتى بما يشبه بيمينه، وتثبت المساقاة؛ وقيل: يتحالفان ويتفاسخان.

أما عند الشافعي، فإن الاختلاف في قدر المشروط إذا كان بعد العمل، فللعامل أجر مثله شبهه بالبيع، وإن كان لأحدهما بينة قضي بها، وإن كان لكل منهما بينة، قيل: تتساقطان، وهو الأظهر، فهو كما لو لم يكن لهما بينة، فيتحالفان؛ وقيل: تستعملان فيقرع بينهما.

---

(1) المغني، جـ 5 ، ص 574 ، والروضة: 4، 239.

وأما عند الحنابلة، فإنهما إذا اختلفا في قدر المشروط، فالقول قول رب المال، لأنه منكر للزيادة التي ادعاها العامل، فيكون القول قوله، لقوله عليه الصلاة والسلام: «البَيِّنَةُ عَلَى المُدَّعِي وَاليَمِينُ عَلَى المُنْكِرِ»، رواه البيهقي بهذا اللفظ؛ وأصله في البخاري ومسلم وابن ماجه والإمام أحمد؛ فإن كان مع أحدهما بينة حكم بها، وإن كان مع كل واحد منهما بينة، انبنى على بينة الداخل والخارج.

فإن كان الشجر لاثنين فصدق أحدهما العامل، وكذبه الآخر، أخذ العامل نصيبه من المصدق؛ فإن شهد المصدق على المنكر قبلت شهادته، إذا كان عدلا، لأنه لا يجرُّ إلى نفسه نفعاً ولا يدفع ضرراً، ويحلف العامل مع شاهده؛ أما إن لم يكن عدلا فإن شهادته تكون كالعدم؛ وكذلك الحكم إذا اختلفا في عدد الشجر؛ ولو كان العامل اثنين ورب المال واحداً، فشهد أحدهما على صاحبه، قبلت شهادته أيضا إذا كان عدلا.

وقول مالك أرجح في المسألة، لأن كل من كان قوله على خلاف أصل أو ظاهر فهو المدعي الذي عليه البينة، سواء كان الظاهر عادة، أم قرينة حالية أم مقالية؛ وكل من كان قوله على موافقة أصل أو ظاهر فهو المدعى عليه، ويصدق بيمينه؛ وبعبارة أخرى: المدعى عليه هو أرجحهما سبباً، والمدعي هو المرجوح السبب؛ ولا شك أن من يدعي عادة الناس أقوى سببا، لتسلمه الحائط والعمل.

ب - إذا ادعى أحدهما ما يقتضي صحة العقد، وادعى الآخر ما يقتضي الفساد، فالقول لمدعي الصحة، لأنها أصل تصرفات المسلمين، فيصدق مدعيها بيمينه، سواء قبل العمل أم بعده، كأن يدعي رب الحائط أنه جعل للعامل جزءا معلوماً، وقال العامل: بل جعل لي جزءا مبهما، أو العكس، صدق مدعي الحلال، إلا أن يكون الغالب في العرف هو الفساد، فيصدق مدعيه مع يمينه، ويفسخ العقد[1].

المسألة السادسة: متى يملك العامل حصته من الثمرة؟ وكيف تكون زكاة الثمار؟

يملك العامل حصته من الثمرة بظهورها، فلو أتلفت كلها إلا واحدة كانت بينهما؛ وقيل: يملكها بالمقاسمة لا بالظهور كالقراض؛ والقول الأول هو الصحيح، لأن الشرط صحيح فيثبت مقتضاه كسائر الشروط الصحيحة، ومقتضى الشرط هنا كون الثمرة

---

(1) انظر مسألة من يصدق عند الاختلاف: الذخيرة، جـ 6 ، ص 116 - 117 ، والروضة، جـ 4، ص 240، والمغني، جـ 5 ، ص 575.

بينهما على كل حال؛ وقول المخالف إنه لا يملك بالظهور بل بالمقاسمة كالقراض، يرد عليه بأن عامل القراض أيضا يملك الربح بالظهور، فلا فرق بين البابين.

ولو سلم أن عامل القراض لا يملك الربح إلا بالمقاسمة، فإن الفرق بين ربح القراض وحصة العامل في المساقاة، هو أن الربح في القراض وقاية لرأس المال، فلم يملك حتى يسلم رأس المال لربه، أما حصة العامل في المساقاة فليست بوقاية لشيء، فإنه لو تلفت الأصول كلها كان الثمر بينهما.

إذا ثبت هذا، فعلى من تجب زكاة ثمار حائط المساقاة؟ فهل نصابهما نصاب الرجل الواحد؟ أم أن كل واحد يزكي حصته ولا يضم بعضه إلى بعض في النصاب؟ في ذلك خلاف؛ والمسألة مبنية على تأثير الخلطة في غير المواشي لوجوب الزكاة، أو عدم تأثيرها.

فقيل: إن كل واحد منهما يلزمه زكاة حصته إذا بلغت نصابا، فإذا لم تبلغ الثمار نصابا إلا بجمعهما لم تجب، لأن الخلطة لا تؤثر في غير المواشي، وفيها جاء الحديث؛ فإذا بلغت حصة أحدهما نصابا دون الآخر، فعلى من بلغت حصته نصابا الزكاة دون الآخر، يخرجها بعد المقاسمة، فلا زكاة على من لم تبلغ حصته وحدها نصابا إلا أن يكون له ما يتم به النصاب من مواضع أخر، كأن يكون له ثمر من جنس حصته يبلغان بمجموعهما نصابا، فعليه الزكاة في حصته عندئذ؛ وإن كان أحد الشريكين في المساقاة ممن لا زكاة عليه كالذمي، فعلى الآخر زكاة حصته إن بلغت نصابا[1].

وقيل: إن الخلطة تؤثر في غير المواشي كالثمار والزروع، لأن الارتفاق الحاصل في الماشية بسبب الخلطة يحصل أيضا في الثمار والزروع، بل وفي النقدين أيضا؛ وعلى هذا فالشريكان في المساقاة نصابهما نصاب الرجل الواحد، فإذا بلغ مجموع الثمار نصاباً وجبت الزكاة، فيبدأ بإخراجها ثم يقسمان ما بقي.

ويجوز عند مالك أن يشترط في العقد أن الزكاة تخرج من حصة أحدهما، لأنه يرجع إلى جزء معلوم ساقاه عليه، فإن لم يشترط شيئا فشأن الزكاة أن يبدأ بها ثم يقتسمان ما بقي؛ فإذا لم يبلغ مجموع الثمار نصابا لم تجب الزكاة؛ نعم إن كان أحد الشريكين ممن لا تلزمه الزكاة كالذمي، فعلى الآخر زكاة حصته إن بلغت نصابا.

---

(1) الشرح الكبير مع المغني، ج 5 ، ص 575 – 576.

وقال الليث بن سعد: إن كان شريكه نصرانيا أعلمه أن الزكاة مؤداة في الحائط، ثم يقاسمه بعد الزكاة ما بقي، وفي هذا نظر، فإن النصراني لا زكاة عليه، فلم يخرج من حصته شيء كما لو انفرد بها.

المسألة السابعة: في حكم البياض:

البياض هو الخالي من الأرض، فإما أن يكون كثيرا أو قليلا، والقليل ما كان كراؤه ثلث قيمة الثمرة فأقل؛ فإن كان أكثر من الثلث كان كثيرا، فإذا كان كثيرا تعين أن يكون لمالكه، ولا يجوز اشتراطه للعامل، ولا إدخاله في عقد المساقاة، ولا يلغى عند السكوت عنه؛ وإن كان قليلا، والقليل ما كان كراؤه منفردا ثلث قيمة الثمرة على المعتاد فأقل، بعد إسقاط كلفة الثمرة، فله أربع حالات:

الحالة الأولى: إدخاله في عقد المساقاة، ويجوز ذلك بشرطين: أحدهما: أن يوافق المشروط للعامل في البياض الجزء المشروط له في المساقاة في الشجر أو الزرع. والثاني: أن يكون بذر البياض على العامل، لأنه لم يعهد أنه عليه الصلاة والسلام دفع لأهل خيبر شيئا لما عاملهم عليها؛ فإن فقد شرط فسد عقد المساقاة، ويرد العامل إن عمل إلى مساقاة مثله في الحائط، وإلى أجرة مثله في البياض.

الحالة الثانية: أن يشترط رب الحائط لنفسه فيمنع، ويفسد العقد إن لم يكن منعزلا على حدته؛ وسبب الفساد أنه إذا لم يكن منعزلا على حدة يناله سقي العامل، فيكون كزيادة اشترطها عليه؛ ولذا لو كان سقيه بعلاً أو لا يسقى بماء الحائط، بأن كان منعزلا على حدة، لجاز اشتراطه لنفسه.

الحالة الثالثة: أن يسكت عند العقد، فيبقى للعامل وحده، وإنما ألغي البياض اليسير للعامل لفعل الرسول ﷺ، لأنه ألغى البياض في خيبر وكان يسيرا.

الحالة الرابعة: أن يشترطه العامل لنفسه، فيجوز؛ بل هذه الصورة أولى بالجواز، لأنه إذا كان للعامل عند السكوت فعند الاشتراط أولى، وإن كان في الزرع ما يشغله قدر يسير وتبع له، جاز اشتراط العامل لنفسه ليزرعه كبياض النخل.

رابعا: أحكام المساقاة الفاسدة:

المساقاة إذا وقعت فاسدة لأجل خلل بركن أو شرط أو وجود مانع، وعثر عليها قبل شروع العامل في العمل، فإنه يجب فسخها، سواء كان يجب فيها بعد التمادي أجرة المثل أم مساقاة المثل، لأنه لم يضع على العامل شيء؛ وإن عثر عليها أثناء العمل، فسخت أيضا إن وجبت فيها أجرة المثل؛ ويكون للعامل أجرة المثل بحساب ما عمل كالإجارة الفاسدة.

وأما ما يرد فيه إلى مساقاة المثل فإنما يفسخ ما لم يعمل؛ فإذا فات بابتداء العمل بما له بال، لم تنفسخ المساقاة إلى انقضاء أمدها، وكان فيما بقي من الأعوام على مساقاة مثله للضرورة، لأنه لا يدفع للعامل نصيبه إلا من الثمرة؛ فلو فسخت قبل طيبها لزم أن لا يكون للعامل شيء لما علمنا أن المساقاة كالجعل لا تستحق إلا بتمام العمل.

وإذا عثر عليها بعد الفراغ من العمل، فما يُرَدُّ فيه إلى أجرة المثل حوسب بأجرة المثل، وما يرد فيه إلى مساقاة المثل حوسب بها[1].

متى تجب أجرة المثل؟ وضابط ذلك: أن فساد المساقاة إن كان بسبب خروجهما عن المساقاة إلى الإجارة الفاسدة أو البيع الفاسد، ردت إلى أجرة المثل، وذلك كاشتراط أحدهما زيادة من عين أو عرض أو غيرهما للآخر، فيوجب أجر المثل لخرجها عن المساقاة؛ لأن الزيادة إن كانت من رب الحائط فقد خرجا عنها إلى الإجارة الفاسدة، فكأن رب الحائط استأجر العامل على أن يعمل له في حائطه بما أعطاه من عين أو عرض وبجزء من ثمرته؛ فالمالك هنا مستأجر بأجرة فاسدة، فوجب أن يرد العامل إلى أجرة المثل، ويحسب منها تلك الزيادة، ولا شيء له من الثمرة، ولو عثر على هذا الفساد بعد تمام العمل.

وقال بعض المتأخرين: إنما تمنع المساقاة مع زيادة شيء من رب الحائط إذا لم لم تكن هناك ضرورة، فإن وجدت ضرورة لذلك كأن لا يجد رب الحائط عاملا إلا مع دفعه له شيئا زائدا على الجزء المشترط من الثمار، فيجوز للضرورة.

---

(1) إذا عثر على المساقاة الفاسدة بعد العمل أو بعد الفراغ منه، ففي الواجب للعامل أقوال عند المالكية: قيل: أجرة المثل مطلقا؛ وهذا مذهب الشافعية والحنابلة أيضا؛ والثمرة كلها لرب المال، لأنها نماء ملكه، وللعامل أجر المثل؛ وقيل: الواجب مساقاة المثل مطلقا، على قاعدة رد الشيء إلى فاسد بابه؛ ولكن ما لم تكن مساقاة المثل أكثر من المشترط، إن كان الشرط للمساقي، أو لم تكن أقل إن كان الشرط للمساقى، والراجح عند المالكية التفصيل الذي ذكرناه.

وإن كانت الزيادة من العامل، فقد خرجا عنها إلى بيع الثمرة قبل بدو صلاحها، فكأن العامل اشترى الجزء المسمى له في المساقاة بما زاد من عين أو عرض وأجرة عمله، فوجب أن يرد إلى أجرة مثله، ويأخذ من رب الحائط ما زاد، ولا شيء له من الثمرة.

متى تجب مساقاة المثل؟ إذا لم يكن العاقدان قد خرجا عن المساقاة، بأن كان الفساد من جهة أنهما عقداها على غرر، أو لفقد شرط غير الزيادة المتقدمة، أو وجود مانع، فإن الواجب مساقاة المثل؛ والفرق بينها وبين أجرة المثل، أن أجرة المثل متعلقة بالذمة، ويكون العامل أحق بالثمرة في الفلس لا الموت[1]؛ وأما مساقاة المثل فمتعلقه بالثمرة، ويكون العامل فيها أحق بالثمرة من الغرماء في الموت والفلس.

والمسائل التي تجب فيها مساقاة المثل عشرة:

الأولى: أن يساقيه على حائطين أحدهما قد أطعم ثمره، أي بلغ أوان الإثمار، والآخر لم يطعم، أو يساقيه على حائط واحد فيه ثمر قد أطعم، وفيه ثمر لم يطعم وليس تبعاً؛ وعلة الفساد أنه بيع ثمر مجهول بثمن مجهول؛ فإن قيل: أصل المساقاة كذلك، لأنها بيع مجهول بمجهول؛ فالجواب أن المساقاة خرجت من أصل ممنوع للضرورة، والمساقاة فيما أطعم، لا ضرورة فيه لاستغنائه عن العمل الذي تزداد به الثمرة، فيبقى على الأصل من منع بيع المجهول.

الثانية: أن تجتمع مع بيع، كأن يبيعه سلعة مع المساقاة؛ ومثل البيع الإجارة والجعالة والنكاح والصرف والشركة والقرض والقراض، وذلك كله مما يمتنع اجتماعه مع المساقاة، لتنافي أحكامها مع أحكام هذه العقود.

الثالثة: أن يشترط العامل على رب الحائط أن يعمل معه في الحائط، لجولان يده على حائطه؛ وأما لو كان المشترط رب الحائط، ففيه أجرة المثل وعلة الفساد فيما إذا كان المشترط رب الحائط، أن يشاركه العامل لكونه لم يرض بأمانته، وإن كان المشترط العامل، فلأنه قد يتوهم من رب الحائط عدم الأمانة.

فإن قيل: فما الفرق بين ما إذا كان الشرط من رب الحائط يكون الواجب أجرة المثل، وبين ما إذا كان العامل ففيه مساقاة المثل؟ قيل: الفرق أن الشرط إذا كان من رب

---

(1) هذا في المساقاة؛ وأما ما يرجع فيه في القراض بأجرة المثل، فلا يكون العامل أحق به دون سائر الغرماء، لا في فلس ولا في موت.

الحائط، فالسقي عليه بالأصالة، وإنما العامل أجير خرج عن عقد المساقاة، إذ لا يجوز في المساقاة بقاء يد صاحب الحائط عليه؛ فما دام المالك قد شرط بقاء يده عليه فقد خرجت المساقاة عن وضعها، فيكون العامل مجرد أجير وجبت له أجرة المثل، بخلاف ما إذا كان الشرط من العامل.

الرابعة: اشتراط عمل دابة رب الحائط، والحال أن الحائط صغير؛ وعلة الفساد أن ما شرطه ربما كفاه عن العمل لصغر الحائط، فيصير كأنه اشترط جميع الأعمال على رب الحائط.

الخامسة: إذا اشترط عمل غلام رب الحائط، والحال أن الحائط صغير، لأنها حينئذ زيادة على رب الحائط فتفسد، وفيها مساقاة المثل؛ ويجوز أن يشترط العامل على رب الحائط عمل الدابة أو الغلام في الحائط الكبير، لأن الحاجة قد تدعو لذلك، ولأن دابته ماله، فجاز أن تجعل تبعا لماله.

السادسة: إذا اشترط رب الحائط على العامل عند عقد المساقاة أن يحمل ما يخصه من الثمرة إلى منزله، لأن ذلك زيادة عمل لا يدخل في المساقاة؛ وهذا إذا كان فيه بُعد ومشقة، وإلا جاز؛ وكذا لو اشترط العامل على رب الحائط أن يحمل ما يخصه إلى منزله، فللعامل مساقاة المثل، وهذا ما لم تكن مساقاة المثل أكثر من الجزء الذي شرطه عليه، إن كان الشرط للمساقَى - بفتح القاف - لأن الشرط إذا كان من المُساقَى - بفتح القاف - يكون الشأن أن الجزء يكون أقل من مساقاة المثل؛ فإذا كان الشرط من المساقَى - بالفتح - فليس له مساقاة المثل، بل له الجزء المجعول له؛

وما لم تكن أيضا مساقاة المثل أقل من الجزء المجعول، إن كان الشرط من المساقي - بكسر القاف - وذلك أنه إذا كان الشرط من المساقي - بالكسر - تكون مساقاة المثل أقل من الجزء، ويكون الجزء أكثر؛ فإن كان الشرط من المساقي - بالكسر - فللعامل الجزء المجعول له.

السابعة: إذا اشترط رب الحائط على العامل أن يكفيه مؤونة حائط آخر، بأن يعمل بنفسه بغير عوض أو بكراء، لأن هذا شرط يخالف موضوع المساقاة، إذ موضوعها أن يعمل في شجر أو حائط معين بجزء مشاع من ثمرته، واشتراط ما يخالف موضوعها يفسد العقد؛ فإن وقع وفات العمل، فللعامل مساقاة مثله في الحائط المجعول له الجزء فيه، وفي الحائط الآخر أجرة مثله.

الثامنة: إذا ساقاة على حائط واحد سنين معلومة، سنة على النصف، وسنة على الثلث، وسنة على الربع؛ فإذا وقع وفات بالعمل، فللعامل مساقاة المثل.

وأجاز الحنابلة هذه الصورة، فقال صاحب «المغنى» الشيخ موفق الدين رحمه الله: «ولو ساقاه ثلاث سنين، على أن له في الأولى النصف، وفي الثانية الثلث، وفي الثالثة الربع، جاز، لأن قدر ما له في كل سنة معلوم، فصح، كما لو شرط له من كل نوع قدرا»[1].

ويلاحظ أنهم قاسوا جواز اختلاف الجزء عند العقد على سنين معلومة، على مسألة العقد على حائط واحد فيه أنواع من الأشجار، فيجوز عندهم أن يكون لكل نوع جزء يخالف جزء النوع الآخر، كنصف ثمر للتين، والثلث للزيتون، والربع للكرم؛ والمالكية لا يوافقون على ذلك، بل يشترطون أن يكون كل نوع بجزء واحد ما دام في صفقة واحدة، فاحتجاج الحنابلة بهذا القياس احتجاج بأصل لا يقول به الخصم.

التاسعة: إذا ساقى على حوائط صفقة واحدة، حائط على النصف، وآخر على الثلث مثلا، فلا يصح، لاحتمال أن يثمر أحدهما دون الآخر؛ وأما في صفقات فتجوز، ولو مع اختلاف الجزء.

العاشرة: تكون المساقاة صحيحة، ولكن تجب فيها مساقاة المثل؛ وصورتها أن يعقدا عقدا صحيحا، ولكن اختلفا بعد العمل في الجزء المشترط للعامل، فقال العامل: دخلنا على النصف مثلا، وقال رب الحائط: دخلنا على الربع مثلا، والحال أنه لم يشبه واحد منهما، فإن كل واحد منهما؛ يحلف على ما يدعيه مع نفي دعوى صاحبه، ويرد العامل لمساقاة مثله، ومثله إن نكلا، ويقضى للحالف على الناكل؛ فإن أشبها معا: فالقول للعامل مع يمينه كما تقدم، لأنه أمين؛ فإن انفرد رب الحائط بالشبه، فالقول قوله مع يمينه؛ وأما إن اختلفا قبل العمل، فإنهما يتحالفان ويتفاسخان، ولا ينظر لشبه ولا عدمه، ونكولهما كحلفهما.

خروج الأشجار المساقى عليها مستحقة: «إذا خرجت الأشجار المساقى عليها مستحقة، أخذها المالك مع الثمار إن كانت باقية، لأنه عين ماله، ولا حق للعامل في ثمرته، لأنه عمل فيها بغير إذن مالكها، ولا أجرة له لذلك؛ ويرجع على الغاصب الذي

(1) المغني لابن قدامه، جـ 5 ، ص 561.

ساقاه بأجرة المثل، لأنه غره واستعمله؛ وإن جفف الثمرة فلم تنقص أخذها مالكها، وإن نقصت فله أرش نقصها؛ ويرجع به على من شاء منهما، ولكن يستقر الضمان على الغاصب؛ وإن استحقت الثمار بعد أن قسما، فللمالك تضمين من شاء منهما؛ فإن ضمن الغاصب فله تضمينه الكل، وله تضمينه قدر نصيبه، وتضمين العامل قدر نصيبه، لأن الغاصب سبب يد العامل، فلزمه ضمان الجميع؛ فإذا ضمنه الكل رجع هو على العامل بقدر نصيبه، لأن التلف حصل في يده فاستقر الضمان عليه، ثم يرجع العامل على الغاصب بأجر المثل؛ ويحتمل أن لا يرجع الغاصب على العامل بشيء، لأنه غَرَّه فلم يرجع، كما لو أطعم إنسانا شيئا زاعما أنه طعامه ثم يتبين أنه مغصوب؛ وإن ضمن العامل احتمل أنه لا يضمنه إلا نصيبه خاصة، لأنه ما قبض الثمرة كلها، وإنما كان مراعيا لها وحافظا، فلا يلزمه ضمانها ما لم يقبضها؛ ويحتمل أن يضمنه الكل، لأن يده ثبتت على الكل مشاهدة بغير حق، فإن ضمنه الكل رجع على الغاصب ببدل نصيبه منها وأجر مثله؛ وإن تلفت الثمار في شجرها، أو بعد الجذاذ قبل القسمة، فإن قلنا: العامل قابض لها بثبوت يده على حائطها، لزمه ضمانها؛ وإن قلنا: لا يكون قابضا إلا بأخذ نصيبه منها، لم يلزمه الضمان، ويكون على الغاصب»[1].

---

(1) الشرح الكبير، جـ 5 ، ص 578.

الفصل السادس

المزارعــة

لفظ المزارعة مأخوذة من الزرع، وهو علاج ما تنبته الأرض لقوله تعالى: ﴿أَفَرَأَيْتُم مَّا تَحْرُثُونَ، أَأَنتُمْ تَزْرَعُونَهُ أَمْ نَحْنُ الزَّارِعُونَ﴾[1]؛ وصيغة المفاعلة شأنها أن لا تكون إلا من اثنين، يفعل كل واحد منهما لصاحبه مثل ما يفعله الآخر به، نحو المضاربة والمناظرة؛ ومقتضاه ههنا أن كل واحد منهما يزرع لصاحبه، وليس الأمر كذلك، فيقال: إن لفظ المزارعة إما من المفاعلة التي تكون من الواحد، وهو قليل كعافاه الله، أو يلاحظ العقد وهو منهما، فيكون من التعبير بالمُتَعَلَّقِ عن المتعَلِّقِ.

وهي في اصطلاح الفقهاء: الشركة في الزرع، ويقال لها أيضا: الشركة في الحرث؛ ومن يجعل موضوع المزارعة أن يكون من أحدهما الأرض ومن الآخر العمل، يقول في تعريفها: إنها دفع الأرض إلى من يزرعها أو يعمل عليها والزرع بينهما.

مشروعية المزارعة:

المزارعة بجزء معلوم يجعل للعامل من الزرع مشروعة في قول أكثر أهل العلم، وكرهها بعض السلف كمجاهد والنخعي وأبي حنيفة.

* وحجة الأكثرين ما روى ابن عمر، رضي الله عنهما، قال: «إن رسول الله ﷺ عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من زرع أو ثمر»، متفق عليه؛ قال البخاري قال أبو جعفر: عامل رسول الله ﷺ أهل خيبر بالشطر، ثم أبو بكر، ثم عمر وعثمان وعلي، ثم أهلوهم إلى اليوم، يعطون الثلث والربع؛ وقال أبو جعفر أيضا: ما بالمدينة أهل بيت إلا ويزرعون على الثلث والربع، ثم عدَّدَ من زارع من الصحابة والتابعين.

وهذا كما ترى صحيح مشهور عمل به رسول الله ﷺ حتى انتقل إلى الرفيق الأعلى، ثم خلفاؤه الراشدون حتى ماتوا، ثم أهلوهم، ثم من بعدهم، ولم يبق بالمدينة أهل بيت إلا عمل به، فعمل أزواج النبي ﷺ من بعده؛ فروى البخاري عن ابن عمر أن النبي ﷺ عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من زرع أو ثمر، فكان يعطي أزواجه

(1) سورة الواقعة - الآية 64.

مائة وسق، ثمانون وسقا ثمرا، وعشرون وسقا شعيرا؛ فقسم عمر خيبر، فخير أزواج رسول الله ﷺ أن يقطع لهن من الماء والأرض، أو يمضي لهن الأوسق؛ فمنهن من اختار الأرض، ومنهن من اختار الوسق، وكانت عاشة ممن اختارت الأرض.

* وأما المانعون فاحتجوا بما روى رافع بن خديج، قال: كنا نخابر على عهد رسول الله ﷺ، فذكر أن بعض عمومته أتاه فقال: نهى رسول الله ﷺ عن أمر كان لنا نافعا، وطواعية رسول الله ﷺ أنفع لنا؛ قلنا: ما ذك؟ قال: قال رسول الله ﷺ: «من كانت له أرض فليزرعها، ولا يكرها بثلث ولا ربع ولا طعام مسمى».

وعن ابن عمر قال: ما كنا نرى في المزارعة بأساً حتى سمعت رافع بن خديج يقول: «نهى رسول الله ﷺ عنها»؛ وقال جابر بن عبد الله: «نهى رسول الله عن المخابرة»؛ وهذه الأحاديث كلها متفق عليها؛ والمخابرة: المزارعة، واشتقاقها من الخبار، وهو الأرض اللينة؛ والخبير: الأكار.

الجواب عما احتج به هؤلاء:

* أما عن حديث رافع، فالجواب عنه من أربعة أوجه:

أحدها: إنه قد فسر المنهي عنه في حديثه بما لا يختلف في فساده، فإنه قال في بعض طرق الحديث: «كنا من أكثر الأنصار حقلاً، فكنا نكري الأرض على أن لنا هذه ولهم هذه، فربما أخرجت هذه ولم تخرج هذه، فنهانا عن ذلك؛ فأما الذهب والورق فلم ينهنا»، متفق عليه؛ وفي لفظ: «فأما بشيء معلوم مضمون فلا بأس»؛ وهذا خارج عن محل الخلاف، فلا دليل فيه عليه، ولا تعارض بين الحدثين.

ثانيها: إن خبره ورد في الكراء بثلث أو ربع، والنزاع في المزارعة، ولم يدل حديثه عليها أصلاً؛ وحديثه الذي فيه المزارعة يحمل على الكراء أيضا، لأن القصة واحدة أتت بألفاظ مختلفة، فيجب تفسير أحد اللفظين بما يوافق الآخر؛ فالحديث في النهي عن كراء الأرض بجزء مشاع مما يخرج كثلث وربع، وذلك ممنوع باتفاق، للجهالة؛ والكلام هنا في المزارعة لا في الكراء، والمزارعة شركة في الزرع وليست كراءً.

ثالثها: إن أحاديث رافع مضطربة جدًّا، ومختلفة اختلافا كثيرا يوجب ترك العمل بها، فكيف يقدم على الأخبار الصحيحة في معاملة الرسول ﷺ لأهل خيبر؟ قال الإمام أحمد: حديث رافع في النهي عن المزارعة ضروب؛ وكأنه يريد أن اختلاف

الروايات عنه يوهن حديثه؛ وصور الاضطراب كثيرة فيه؛ وذلك لأن منها ما يخالف الإجماع، وهو النهي عن كراء المزارع على الإطلاق؛ ومنها ما لا يختلف في فساده كما قدمنا؛ ثم هو تارة يحدث عن بعض عمومته، وتارة عن سماعه، وتارة عن ظهير بن رافع؛ وإذا كانت أخبار رافع هكذا وجب اطراحها واستعمال الأخبار الواردة في شأن خيبر الجارية مجرى التواتر التي لا اختلاف فيها، وقد عمل بها الخلفاء الراشدون وغيرهم، فلا معنى لتركها بمثل هذه الأحاديث المضطربة.

وقد أنكر علي رافع حديثه فقيهان من فقهاء الصحابة: زيد بن ثابت، وابن عباس؛ قال زيد أنا أعلم بذلك منه، وإنما سمع النبي ﷺ الرجلين قد اقتتلا، فقال: «إِنْ كَانَ هَذَا شَأْنُكُمْ فَلَا تُكْرُوا المَزَارِعَ» رواه أبو داود؛ وروى البخاري عن عمرو بن دينار قال، قلت لطاووس: لو تركت المخابرة، فإنهم يزعمون أن النبي ﷺ نهى عنها، قال: إن أعلمهم - يعني إبن عباس - أخبرني أن النبي ﷺ لم ينه عنها، ولكن قال: «لأَنْ يَمْنَحَ أَحَدُكُمْ أَخَاهُ أَرْضَهُ خَيْرٌ مِنْ أَنْ يَأْخُذَ عَلَيْهَا خَرَاجاً مَعْلُوماً».

رابعها: إنه لو قدر صحة خبر رافع وامتنع تأويله وتعذر الجمع، وجب حمله على أنه منسوخ، لأنه لا بد من نسخ أحد الخبرين في هذه الحالة؛ ويستحيل الذهاب إلى نسخ خبر خيبر، لكونه معمولا به من جهة النبي ﷺ إلى حين موته، ثم من بعده إلى عصر التابعين، فمتى كان نسخه؟

* وأما حديث جابر في النهي عن المخابرة، فيجب حمله على أحد الوجوه التي حمل عليها حديث رافع، فإن جابرا قد روى حديث خيبر أيضا، فيجب الجمع بين حديثيه مهما أمكن، ثم لو حمل على المزارعة لكان منسوخاً بقصة خيبر، لاستحالة نسخها كما ذكرنا؛ على أن حديث جابر في النهي عن المخابرة قد جاء مفسرا، فقد روى البخاري عنه أنه قال: كانوا يزرعونها بالثلث والربع والنصف، فقال النبي ﷺ: «مَنْ كَانَتْ لَهُ أَرْضٌ فَلْيَزْرَعْهَا أَوْ لِيَمْنَحْهَا، فَإِنْ لَمْ يَفْعَلْ فَلْيُمْسِكْ أَرْضَهُ»، وهو ظاهر في أن النهي فيه عن كراء الأرض بجز مشاع مما يخرج منها كثلث ونصف؛ وكلامنا في المزارعة، وهي الشركة في الزرع، وليس في كراء الأرض؛ وكراء الأرض بالجزء المشاع كالنصف والثلث والربع باطل، لأنه إجارة بأجر مجهول.

* وأما الشافعي الذي يمنع المزارعة في الأرض البيضاء ويجيزها في الأرض بين النخيل، يقول: تحمل أحاديث خيبر في جواز المزارعة على الأرض التي بين النخيل،

وأحاديث النهي على الأرض البيضاء جمعاً بينهما، فلا تصح المزارعة عنده إلا في الأرض بين النخيل، إذا كان بياض الأرض أقل من النخيل؛ فإن كان أكثر، ففي صحة المزارعة فيه وجهان في مذهبه بالصحة والفساد.

الجواب: إن حمل خبر معاملة أهل خيبر بشطر مما يخرج منها من زرع أو ثمر، على الأرض التي بين النخيل فقط، بعيد جدا لوجوه:

أحدها: إنه يبعد كل البعد أن تكون بلدة كبيرة يأتي منها أربعون ألف وسق ليس فيها أرض بيضاء، ويبعد أن يكون قد عاملهم على بعض الأرض دون بعض، فيتفق الرواة على نقل القصة على العموم من غير تفصيل، مع أن الحاجة تدعو إلى التفصيل في مثل هذا.

الثاني: إن ما يذكرونه من كون القصة في المزارعة في الأرض التي بين النخيل، لا دليل عليه؛ وما ذكره من يجيزها في الأرض مطلقا، دلت عليه بعض الروايات، وفسره راويه بما ذكرناه؛ وليس عند من يزعم أن خبر خيبر في الأرض بين النخيل سوى الجمع بين الأحاديث، والجمع بينها بحمل بعضها على ما فسره به راويه، أولى من التحكم بما لا دليل عليه.

الثالث: إن القول بأن الجواز خاص بالأرض بين النخيل، يؤدي إلى تقييد كل واحد من الحديثين؛ وما يذكره المجيزون مطلقا حمل لأحدهما على بعض محتملاته لا غير؛ وبقاء أحد الخبرين على إطلاقه وتقييد الآخر، خير من تقييدهما، لأن الأصل في الدليل عدم التقييد أو التخصيص.

الرابع: إن جواز المزارعة موافق لعمل الخلفاء الراشدين وأهليهم وفقهاء الصحابة، وهم أعلم بحديث رسول الله ﷺ وسنته، وأدرى بمعانيها، فكان أولى من قول من خالفهم.

الخامس: إن ما ذهب إليه أكثر أهل العلم من مشروعية المزارعة بجزء معلوم، مجمع عليه من الصحابة، على ما رواه أبو جعفر محمد بن علي كما رواه البخاري، فلا يسوغ لأحد خلافه، والقياس يقتضيه؛ فإن الأرض عين تنمى بالعمل، فجازت المعاملة عليها ببعض نمائها، كالمال في المضاربة، والنخل في المساقاة، ولأن الأرض البيضاء كالأرض بين النخل، ولا فرق، فإذا جازت في تلك تجوز في هذه.

ثم إن الحاجة داعية إلى المزارعة، لأن أصحاب الأرض لا يقدرون على زرعها والعمل عليها، والأَكَرَةُ يحتاجون إلى الزرع، ولا أرض لهم، فاقتضت حكمة الشرع جواز

المزارعة، كما قلنا ذلك في المضاربة والمساقاة؛ بل الحاجة إلى جواز المزارعة آكد منها إلى غيره، لكونه مقتاتا، ولكون الأرض لا ينتفع بها إلا بالعمل عليها، بخلاف المال؛ بل قال بعض الأئمة: إن المزارعة أَحَلُّ من الإجارة، لاشتراكهما في المغنم والمغرم، بخلاف الإجارة، فإن المنفعة ربما لا تحصل للمستأجر، وقد دفع أجرا فيكون عليه المغرم دون أن يحصل له مغنم.

* فعلم مما تقدم أن جواز المزارعة هو الصواب، وعقدها غير لازم قبل البذر؛ وإنما تلزم بالبذر ونحوه، كوضع الزريعة بالأرض، فلكل من الشريكين فسخها قبله؛ فلو بذر البعض لزم العقد فيما بذر، ولكل الفسخ فيما بقي؛ وقيل: يجري في لزومها وعدم لزومها بالعقد ما في المساقاة من اللزوم بالعقد وعدمه.

ركناها:

الأول: العاقدان:

وشرطهما: أهلية الشركة، لأنها شركة في الزرع كما تقدم.

الثاني: المنفعة:

ولها شروط:

الشرط الأول: سلامتها من مقابلة الأرض أو بعضها بما يمنع كراء الأرض به؛ وهو الطعام، ولو لم تنبته الأرض كالعسل؛ وما تنبته ولو غير طعام كالقطن والكتان، إلا الخشب لنهيه عن المخابرة، وهي كراء بما يخرج منها.(1)

---

(1) ذكرنا في باب الإجارة حكم كراء الأرض ومذاهب العلماء في ذلك إجمالا ونذكر هنا ذلك بتفصيل القول فيه فنقول: اختلف الناس في إجارة الأرض:

فذهب قوم من المتقدمين كابن عمر وجابر بن عبد الله وأبي هريرة رضي الله عنهم، والحسن البصري، وطاووس، وجماعة من المتأخرين كابن حزم، إلى عدم جواز كراء الأرض الصالحة للزرع بشيء أصلاً، لا بذهب ولا فضة ولا عرض، ولا بطعام مسمى؛ ولا يحل عندهم في الأرض إلا أن يزرعها مالكها بنفسه، أو يعيرها لمن يزرعها، على أن لا يأخذ منه شيئا، غير أنه إن اشتركا في الآلة والبذر والأعوان دون أن يأخذ منه للأرض كراء؛ فحسن ومعروف؛ وأجازوا أن يدفع المالك أرضه لمن يزرعها ببذره وحيوانه وأعوانه وآلاته بجزء مما تخرجه الأرض، قل أو كثر، على أن يكون الباقي للعامل في الأرض.

واستدل هؤلاء بما يلي:

أولا: ما رواه البخاري عن جابر بن عبد الله أن رسول الله ﷺ قال: «مَنْ كَانَتْ لَهُ أَرْضٌ فَلْيَزْرَعْهَا أَوْلِيَمْنَحْهَا فَإِنْ أَبَى فَلْيُمْسِكْ أَرْضَهُ». =

فلو كان البذر من عند أحدهما والأرض من عند الآخر، وكان ما عداهما بينهما، أو من عند أحدهما، لم يصح لمقابلة الأرض بالبذر.

= وثانيا: ما رواه مسلم أن عبد الله بن عمر لقي رافع بن خديج فسأله، فقال له رافع: سمعت عمّيّ وكانا قد شهدا بدرا يحدثان أهل الدار، أن رسول الله ﷺ نهى عن كراء الأرض، فذكر الحديث، وفيه أن ابن عمر ترك كراء الأرض.

وثالثا: ما رواه مسلم أيضا عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه، قال: «نَهَى رَسولُ اللَّه ﷺ أَنْ يُؤْخَذَ لِلأَرضِ أَجْرٌ أَوْ حَظٌّ».

ووجه الاستدلال بهذه الأحاديث أنها صريحة في عدم جواز كراء الأرض، لأن النهي حقيقة في التحريم، وصريحة أيضا في أنه ليس لصاحب الأرض إلا أن يزرعها بنفسه أو يمنحها لمن يزرعها، دون أن يأخذ منه شيئا، أو يمسك أرضه؛

غير أنهم استثنوا حالة واحدة، وهي أن يدفع المالك أرضه لمن يزرعها ببذره وحيوانه وأعوانه وآلاته، بجزء مما تخرجه الأرض، لما ثبت في الصحيح أن النبي ﷺ عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من ثمر أو زرع، رواه البخاري عن ابن عمر؛ وروى البخاري عنه أيضا، أن رسول الله ﷺ أعطى اليهود على أن يعملوها ويزرعوها، ولهم شطر ما يخرج؛

فهذان الحديثان مخصصان لعموم النهي عن كراء الأرض بشيء أصلاً، فيعمل بمقتضاهما، لا سيما أن هذا كان آخر فعله عليه السلام بخيبر، واستمر العمل به زمن أبي بكر وشطرا من خلافة عمر.

رابعا: استدلوا بأن في كراء الأرض غررا وذريعة إلى أن يأخذ الإنسان أجرة أرضه دون أن يدفع في مقابلها شيئا، وذلك أن الأرض قد تصيبها الآفات، وتنزل بها الجوائح، ثم يرد المستأجر الأرض إلى مالكها دون أن ينتفع بها في نظير الأجرة التي بذلها.

• ونوقشت هذه الأدلة بما يلي:

إن الأمر في الحديث الأول وارد على سبيل الإرشاد، وبيان ما هو خير لصاحب الأرض، ويؤيد هذا الحمل ما رواه أحمد والبخاري عن ابن عباس رضي الله عنهما، أن النبي ﷺ قال: «لأَنْ يَمْنَحَ أَحَدُكُمْ أَخَاهُ أَرْضَهُ خَيْرٌ لَهُ مِنْ أَنْ يَأْخُذَ عَلَيْهَا خَرَاجًا مَعْلُومًا»؛ فهذا يدل على أن النبي ﷺ لم يقصد بالحديث المؤاجرة للأرض، فبطل تمسكهم بظاهره.

وأما الجواب عن حديثي النهي عن كراء الأرض: إن النهي فيهما محمول على كراء الأرض المفضي إلى الضرر؛ يدل لذلك قول رافع بن خديج: «كنا أكثر الأنصار حقلا، فكنا نكري الأرض على أن لنا هذه، ولهم هذه؛ وربما أخرجت هذه ولم تخرج هذه، فنهانا عن ذلك؛ فأما الورق فلم ينهنا»، رواه الشيخان.

فهذا الحديث يدل على أن النهي المطلق عن كراء الأرض محمول على ما فيه مفسدة وظلم؛ وهذا الحمل يجب المصير إليه جمعا بين الأدلة، وفرارا مما يترتب على منع كراء الأرض من بقائها معطلة من الزرع، في حالة ما إذا لم يرد صاحبها أو لم يستطع أن يزرعها بنفسه، ولم تطب نفسه أن يعيرها لمن يزرعها، فكل إنسان شحيح بما يملك، مع ما في تعطيلها من ضياع المال المنهي عنه.

فإن قيل: لا يلزم التعطيل ولا ضياع المال، لأنا لم نمنع الكراء مطلقا، بل جوزناه بجزء معلوم كالنصف.

أجيب بأن إجازة هذا النوع وحده لا يسد حاجة الناس؛ فإن هذا النوع الذي أجازوه يحتاج إلى رقابة من المالك، وأمانة من العامل، ليصل المالك إلى حقه؛ وليس كل الناس يتيسر له ذلك، فالحاجة إلى الكراء بقدر معلوم من النقود أو العروض لا تزال قائمة، وفي منعه من الحرج ما لا يخفى.

وأما قولهم: إن في كراء الأرض غررا وذريعة إلى أن يأخذ الإنسان أجرة أرضه دون مقابل؛ هذا الكلام خال من التحقيق، لأنه لو قدر كل إنسان ما سيصيبه في عمله من تلف أو ضرر، ما أقدم على عمل ما، وبذلك تتعطل الأعمال الحيوية ويضطرب ميزان الحياة. =

ولو كانت الأرض بينهما بكراء أو ملك، جاز أن يكون البذر من عند أحدهما، أو من عندهما إذا كانت مقابلة من العمل والآلة مساوية؛ وكذا لو كان البذر من عندهما

= • وذهب أكثر أهل العلم إلى جواز إجارة الأرض بالذهب والورق (الفضة) وسائر العروض سوى المطعوم، وهذا قول الأكثر، ومنهم الأئمة الأربعة وغيرهم، لا يختلفون في جواز اكتراء الأرض وقتا معلوما بالذهب والفضة، واستدلوا على ذلك بما يلي:

أولا: ما رواه مالك عن حنظلة بن قيس عن رافع بن خديج، قال: نهى رسول الله ﷺ عن كراء المزارع؛ قال حنظلة: فسألت رافع بن خديج: بالذهب والورق؟ فقال: «أما الذهب والورق فلا بأس به».

ثانيا: ما رواه مسلم وأبو داود والنسائي عن رافع بن خديج، قال: إنما كان الناس يؤجرون على عهد رسول الله ﷺ بما على الماذيانات، وأقبال الجداول، وأشياء من الزرع، فيهلك هذا ويسلم هذا، ويسلم هذا ويهلك هذا، ولم يكن للناس كراء إلا هذا، فلذلك زجر عنه؛ فأما شيء معلوم مضمون فلا بأس به.

فهذه الأحاديث وغيرها كثير بمعناها، تدل على جواز كراء الأرض بالذهب والورق، وبكل معلوم مضمون كالعرض، وذلك لصلاحيتها أن تكون أثمانا، فتصلح أن تكون أجرة.

ثالثا: إن الأرض عين يمكن استيفاء المنفعة المباحة منها مع بقائها، فجازت إجارتها بالأثمان ونحوها كالدور.

رابعاً: إن الحاجة ماسة إلى هذا النوع من المعاملة، فربما لا يملك الإنسان الأرض، وإن ملكها فربما لا يقدر على استغلالها بنفسه، والسواد الأعظم من الناس عطل من الملك، وأكثر ما يكونون أصحاب كفاية، وأرباب خبرة، بالزراعة، فكان من لطف الله تعالى أن يشرع لهم معاملة تنفس كربتهم، مصداق قوله: ﴿نَحْنُ قَسَمْنَا بَيْنَهُم مَّعِيشَتَهُمْ فِي الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَرَفَعْنَا بَعْضَهُمْ فَوْقَ بَعْضٍ دَرَجَاتٍ لِّيَتَّخِذَ بَعْضُهُم بَعْضًا سُخْرِيًّا﴾ سورة الزخرف، الآية: 32.

• هذا وقد نوقش ما استدلوا به من الأحاديث:

أما الحديث الأول فإنه معلول بالإدراج، لأن الجملة التي استدلوا بها فيه، وهي قوله: «أما بالذهب والورق فلا بأس به»، إنما هي من كلام رافع بن خديج الراوي له؛ فالجملة مدرجة، والحجة في كلام رسول الله ﷺ لا في كلام آخر سواه.

وأجيب بأن الجملة المذكورة الواردة في الحديث من كلام الرسول ﷺ وليست من كلام رافع؛ يؤيد ذلك ما رواه أحمد عن سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه، قال: إن أصحاب المزارع في زمن رسول الله ﷺ كانوا يكرون مزارعهم بما يكون على السواقي، وما سعد بالماء منها، فنهانا رسول الله ﷺ عن ذلك، وأمرنا أن نكريها بالذهب أو الفضة.

فورود هذه الجملة في حديث سعد على هذا النحو دليل على رفعها، وليست مدرجة كما زعموا؛ وأما الحديث الثاني فقد نوقش بما نوقش به الحديث السابق، إذ قالوا إن الجملة التي استدلوا بها فيه وهي قوله: «فأما شيء معلوم مضمون فلا بأس به»، مدرجة، ليست من كلام النبي ﷺ، والحجة فيه.

ويجاب عن هذا بمثل أجيب به عن الحديث السابق وهو أن الجملة ليست مدرجة بل من كلام النبي ﷺ، على أن صبر الحديث يدل على أن الجملة الأخيرة من كلام الرسول ﷺ، لا من كلام رافع؛ لأنه إنما نهى عن الوجه المفضي إلى الجهالة والغرر، وذلك إنما يوجد فيما لم يكن معلوما ولا مضمونا؛ فأما ما كان معلوما ومضمونا فيجوز الكراء به، لأن النهي لا يتناوله، كما دل عليه سياق الحديث.

ثم على فرض أن ذلك من كلام الراوي، فإنه يجب المصير إليه، لأنه أعلم من غيره بمعنى ما روى؛ إذ ليس من المعقول أن يتعدى واحد من الصحابة على مقام الرسول ﷺ بزيادة يخلطها بكلامه ولا يميزها؛ على أن التصريح بجواز الكراء بالذهب والفضة يرشد إلى هذا.

• وبعد، فهذه أدلة المانعين والمجوزين، وما دار حولها من المناقشات من الأخذ والرد، ولا مطعن في إسنادها وصحتها؛ وإنما الكلام في فهم مجموعها والتوفيق بينها؛ ولعلنا نجد في أدلة المجيزين لكراء الأرض بما هو مضمون ومعلوم، ما يرشد إلى مواطن النهي في أدلة المانعين؛ فإذا علمنا أن الأحاديث المذكورة في النهي تشير إلى أن الناس كانوا =

والأرض من عند أحدهما، فإنه يجوز إن ساواه ما يقابله من العمل، لأن الأرض في هذه الحالة مقابلة بالعمل دون البذر.

وبالجملة، فمتى كان البذر أو جزء منه قبالة الأرض أو قبالة جزء منها، امتنع؛ ولو تعادلا في البذر والعمل، والأرض لأحدهما، وأعطاه الآخر نصف كرائها عينا أو عرضا،

= يكرون بما على المذبانات، وأقبال الجداول، ونحو ذلك مما يأتي منه الغبن على المستأجر أو المؤجر آخر العام، علمنا حكمة النهي عن الكراء؛ فيؤخذ منه أنه إذا خلا عما ذكر كان جائزا، ولا غضاضة فيه؛ وبهذا يظهر رجحان ما ذهب إليه المجيزون لكراء الأرض بالذهب والفضة وبكل مضمون معلوم من العروض.

* هذا الذي تقدم في إجارتها بغير طعام، أما إجارتها بطعام فتنقسم إلى ثلاثة أقسام:

الأول: أن يؤجرها بطعام معلوم غير الخارج منها؛ اختلف الأئمة في جوازه:

فذهب مالك في المشهور عنه إلى عدم جواز كراء الأرض بالطعام، ولو لم تنبته الأرض كعسل، وما تنبته ولو غير طعام كقطن وكتان، واستثنوا ما يطول مكثه في الأرض كالخشب والعود الهندي.

واحتج مالك بما رواه عن رافع بن خديج أن رسول الله ﷺ «نَهَى عَنْ كِرَاءِ المَزَارِعِ»، وروى أبو داود وابن ماجه عن رافع بن خديج عن بعض عمومته، قال: قال رسول الله ﷺ: «مَن كَانَتْ لَهُ أَرْضٌ فَلَا يَكْرِهَا بِطَعَامٍ مُسَمًّى»، قالوا: وهذا عام، ولم يلتفتوا إلى ما في بعض طرق هذا الحديث مما يدل على جواز كراء الأرض بكل ما هو معلوم مضمون، طعاماً كان أو غيره، كقوله فيما رواه مسلم: «فَأَمَّا شَيْءٌ مَعْلُومٌ مَضْمُونٌ فَلَا بَأْسَ بِهِ»؛ فكأنهم يرون أن ذلك مدرج، وأنه من كلام الراوي لا من كلام الرسول ﷺ، وأن العموم لا يخصص بقول الراوي، وقد تقدم ما يشير إلى أنه غير مدرج.

واستدلوا كذلك بما رواه البخاري ومسلم عن ظهير بن رافع قال: دعاني رسول الله ﷺ فقال: «ما تَصْنَعُونَ بِمَحَاقِلِكُمْ؟»، قلت: نؤاجرها على الربع أو على الأوسق من التمر أو الشعير؛ فقال: «لَا تَفْعَلُوا، ازْرَعُوهَا أو أَمْسِكُوهَا»؛ قالوا: فهذا عام في النهي عن كراء الأرض بالطعام مطلقا، ولو كان المقدار معلوما، وروى أبو سعيد، قال: «نهى رسول الله ﷺ عن المحاقلة»؛ والمحاقلة استكراء الأرض بالحنطة.

وذهب أكثر أهل العلم إلى جواز إجارة الأرض بطعام ما لم يشترط في الأجرة أن تكون من عين ما تنبته الأرض المكتراة؛ وهذا مذهب الشافعي وأحمد وأصحاب الرأي؛ ووافقهم جمع من المالكية كالأصيلي ويحيى بن يحيى؛ واستدلوا بما جاء في حديث رافع بن خديج، إذ قال فيه: «فأما بشيء معلوم مضمون فلا بأس به»، والشيء المعلوم المضمون يشمل الطعام وغيره، فيجوز أن تكون الأجرة طعاما، بشرط أن يكون معلوم القدر، ولأنه عوض معلوم مضمون لا يتخذ وسيلة إلى الربا، فجازت إجارتها بها كالأثمان.

وحديث رافع وظهير السابقين يحتمل النهي فيهما بقوله: «فَلَا يُكْرِهَا بِطَعَامٍ مُسَمًّى»، وقوله في الحديث الآخر: «لَا تَفْعَلُوا، ازْرَعُوهَا أو أَمْسِكُوهَا»، يحتمل النهي عن إجارتها بالطعام إذا كان خارجا منها، وذلك مما نمنعه.

القسم الثاني: إجارتها بطعام معلوم من جنس ما يزرع فيها، كإجارتها بقفزان حنطة لزرعها؛ وقد اختلف الناس في حكم ذلك:

فذهب مالك وأكثر أصحابه إلى منع هذه الصورة؛ وهذا إحدى الروايتين عن أحمد، لما تقدم من الأحاديث الدالة على المنع من كراء الأرض بما يخرج منها، ولأن هذه الصورة ذريعة إلى المزارعة عليها بشيء معلوم من الخارج منها، لأنه يجعل مكان قوله: زارعتك: آجرتك، فتصير مزارعة بلفظ الإجارة؛ والذرائع معتبرة في الشرع، فتمتنع.

وذهب الأكثرون إلى جواز إجارة الأرض بطعام معلوم من جنس ما يزرع فيها؛ وهذا مذهب أبي حنيفة والشافعي وإحدى الروايتين عن أحمد، لما ذكرنا في القسم الأول، ولأن ما جازت إجارته بغير المطعوم جازت به كالدور.

القسم الثالث: إجارتها بجزء مشاع مما يخرج منها، كنصف وثلث وربع؛ اختلف الناس في حكمه، فذهب الأكثرون إلى عدم جوازه؛ فلا يصح كراء الأرض بجزء مما تنبته معلوم النسبة كالربع والخمس، على أن يكون البذر =

جاز؛ وكذا لو تعادلا في العمل والأرض، وأحدهما له البذر، وباع نصف بذره للآخر بثمن، جاز ذلك إن اشتراه بما يشتري من غيره.

وإن أخرج أحدهما الأرض وثلثي الزريعة، والآخر ثلثها، والعمل والزرع بينهما نصفان، أو الثلث والثلثان جاز، لأن ثلث الزريعة مقابل بالثلث، والأرض وفاضل الزريعة مقابلان بالعمل.

فإن أخرج العامل ثلثي الزريعة، وصاحب الأرض ثلثها، على أن الزرع بينهما نصفان امتنع، لأن ثلث الزريعة التي أخرجها العامل مقابل للثلث الذي أخرجه صاحب الأرض، والثلث الفاضل يقابل الأرض، فقد قابل جزء من البذر الأرض، فلا يصح.

= والآلات من العامل؛ وهذا قول المالكية والحنفية والشافعية، وهو الراجح عند الحنابلة؛ ودليل بطلان هذا ما ثبت من الأحاديث الثابتة من غير معارض، وقد سبق بعضها؛ من ذلك ما رواه مسلم عن رافع بن خديج، قال: قال رسول الله ﷺ: «مَنْ كَانَتْ لَهُ أَرْضٌ فَلْيَزْرَعْهَا، أَو لِيُزْرِعْهَا أَخَاهُ، وَلَا يُكْرِهَا بِثُلُثٍ وَلَا رُبُعٍ وَلَا طَعَامٍ مُعَيَّنٍ»؛ وهذا هو المحاقلة التي نهى عنها، وهو في الموطأ عن سعيد بن المسيب مرفوعاً؛ وفيه «والمُحَاقَلَةُ اسْتِكْرَاءُ الأَرْضِ بِالْحِنْطَةِ»؛ ومن ذلك أيضا نهيه عليه الصلاة والسلام «عَنِ المُخَابَرَةِ»، قالوا: وهي كراء الأرض بما يخرج منها، متفق عليه؛ ولأن إجارة الأرض بجزء مشاع مما يخرج منها - كالنصف والثلث والربع - إجارة بعوض مجهول، فلم تصح، كإجارتها بثلث ما يخرج من أرض أخرى، ولأنها في هذه الحالة تكون إجارة لعين ببعض نمائها؛ فلم تجز، كسائر الأعيان، ولأنه لا نص في جوازها، ولا يمكن قياسها على المنصوص؛ فإن النصوص إنما وردت بالنهي عن إجارتها بجزء مشاع مما يخرج منها، ولا يوجد نص في تجويز هذه الصورة؛ والمنصوص على جوازه إجارتها بذهب أو فضة، أو بشيء مضمون معلوم؛ وهذه المسألة ليست كذلك، لأن المشاع مما يخرج منها كالخمس والربع ليس مضموناً ولا معلوماً.

وذهب بعض العلماء إلى جواز كراء الأرض بجزء مما تنبته معلوم النسبة، كالربع والخمس، على أن يكون البذر والآلة من العامل؛ وهذا مذهب ابن حزم، ونقل أيضا عن الإمام أحمد؛ وأنكر أكثر أصحابه أن يكون ذلك مذهبا له؛ وأولوا ما نقل عنه من جواز كراء الأرض بجزء مشاع، أولوه بحمله على المزارعة بلفظ الإجارة، والمزارعة بالجزء المشاع جائزة، بل هي لا تكون إلا على هذه الصورة.

وقد احتج من يرى هذا الرأي بما ثبت في الصحيح أن رسول الله ﷺ «دفع إلى يهود خيبر، نخل خيبر وأرضها على أن يعملوها من أموالهم على نصف ما تخرجه الأرض والثمرة»، متفق عليه، ثم قالوا: هذا الحديث أولى من أحاديث رافع بن خديج، لأنها مضطربة المتون، وإن صحت حملناها على الكراهية لا على الحظر؛ وقد قَدِمَ معاذ اليمن حين بعثه الرسول ﷺ وهم يخابرون فأقرهم، كما رواه البخاري؛ ولكن من لا يجيز كراء الأرض بجزء مشاع مما يخرج منها، يقول: إن معاملة الرسول ليهود خيبر كانت مزارعة لا كراء، والمزارعة لا تكون إلا بجزء مشاع، وكونها بجزء مشاع لا ضرر فيه، لأنهما يشتركان في المغنم والمغرم، بخلاف الإجارة، فإن الأجر المجهول إنما يضر أحدهما فقط، ولا يلجأ إلى ترجيح بعض الأحاديث على بعض ما دام الجمع ممكنا.

فإن أخرج أحدهما ثلثي الأرض وثلث البذر، والآخر ثلث الأرض وثلثي البذر، والعمل بينهما، لم يجز لمقابلة الأرض بثلث البذر.

وهذا الشرط، أي اشتراط أن لا يقابل الأرض بذر، كلا أو بعضا، مبني على امتناع كراء الأرض بالطعام ولو لم تنبته كما تقدم، ودليله النهي عن المخابرة، ومبني أيضا على أن المزارعة كراء في المعنى، وهو مذهب مالك وأصحابه؛ ولكنه لم يشترط أن يكون البذر والأرض من أحدهما، والعمل من الآخر دائما، بل يجوز عنده أن يشتركا في الجميع، أو تكون الأرض بينهما، وقابل البذر من أحدهما عمل من الآخر؛ أو كانت الأرض والبذر معا من أحدهما، والعمل من الآخر؛ أو كان البذر بينهما، وقابل الأرض من أحدهما عمل من الآخر، كل ذلك جائز صحيح، ما دام لم يقابل الأرض بذر.

وذهب بعض الأئمة إلى أن المزارعة إنما تصح إذا كان البذر من صاحب الأرض، والعمل من العامل؛ فمن شروط صحتها عندهم إخراج رب الأرض البذر، وإلى هذا ذهب الإمام أحمد في أشهر الروايتين عنه، وإليه ذهب أيضا إسحاق؛ وحجتهم أنه عقد يشترك العامل ورب المال في نمائه، فوجب أن يكون رأس المال كله من أحدهما كالمساقاة والمضاربة؛ وعلى هذا، لو كان البذر منهما نصفين، والأرض من أحدهما، والعمل من الآخر، فالمزارعة فاسدة؛ لأن موضوع المزارعة عندهم على أن يكون من أحدهما الأرض، ومن الآخر العمل؛ وهذه الصورة صحيحة عند مالك وأصحابه، لأن الزرع لم يقابل الأرض.

وذهب بعضهم إلى جواز المزارعة ولو كانت الأرض من أحدهما والبذر من الآخر، فأيهما أخرج البذر جازت المزارعة، ولو قابل البذر الأرض، وإلى هذا ذهب أبو يوسف صاحب أبي حنيفة ومحمد بن أبي ليلى، وطائفة من أهل الحديث، وانتصر له طائفة من الشافعية والحنابلة، وروي أيضا عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه؛ وهذا المذهب هو الصحيح إن شاء الله تعالى.

والدليل عليه قول ابن عمر في الحديث الصحيح: «دفع رسول الله ﷺ إلى يهود خيبر نخل خيبر وأرضها على أن يعملوها من أموالهم، ولرسول الله ﷺ شطر ثمرتها»؛ وفي لفظ: «على أن يعملوها ويزرعوها، ولهم شطر ما يخرج منها»، رواهما البخاري؛ فجعل عملها من أموالهم، وزرعها عليهم، ولم يذكر شيئا آخر؛ وظاهر أن البذر من أهل خيبر؛ والأصل المعول عليه في المزارعة هو قصة خيبر، ولم يذكر النبي ﷺ أن البذر

على المسلمين، ولو كان شرطا لما أخل بذكره، ولو فعله النبي ﷺ وأصحابه لنقل، ولم يجز الإخلال بنقله؛ ولأن عمر رضي الله عنه فعل الأمرين جميعاً، فإن البخاري روى عنه أنه عامل الناس على أنه إن جاء عمر بالبذر من عنده فله الشطر، وإن جاؤوا بالبذر فلهم كذا، فظاهر هذا أن ذلك اشتهر فلم ينكر، فكان إجماعاً.

فإن قيل: إن ما نقل عن عمر بمنزلة بيعين في بيعة، وهو ممنوع، فكيف يفعله عمر رضي الله عنه؟

قلنا: يحتمل أنه قال ذلك ليخيرهم في أيِّ العقد شاؤوا، فمن اختار عقداً عقده معه معينا، كما لو قال إنسان في البيع: إن شئت بعتكه بعشرة صحاح، وإن شئت بأحد عشر مكسورة، فاختار أحدهما، فعقد البيع معه عليه معينا، ويجوز أن يكون مجيئه بالبذر، أو شروعه في العمل من غير بذر، مع إقرار عمر له على ذلك وعلمه به، جرى مجرى العقد[1].

الشرط الثاني: التعادل بين الأشراك في المخرَج أو قيمته، بحسب حصصهم؛ وذلك بأن يدخلا على أن الربح بينهما بنسبة ما أخرجه كل منهما، كأن يكون كراء الأرض مائة، وكراء العمل من مواشي وغيرها سوى البذر مائة، ودخلا على أن الأرض مناصفة، أو أخرج أحدهما ما يساوي خمسين والآخر ما يساوي مائة، ودخلا على أن لصاحب المائة الثلثين من الربح، ولصاحب الخمسين الثلث، وهكذا؛ فلو كان لأحدهما الثلث من الزرع على أن يخرج أقل من ذلك أو أكثر كان العقد فاسدا، حذرا من أكل المال بالباطل، إلا في التافه اليسير، فهو في حكم العدم؛ وجاز التبرع من أحدهما للآخر بالزيادة من عمل أو ربح بعد لزوم العقد على الصحة؛ فلو تساويا في المخرَجِ أو قيمته وعقدا على التساوي في الزرع مناصفة، لم تفسد بما يتفضل به أحدهما بعد ذلك، وإن كثر، لتقدم صحة العقد؛ هذا مذهب مالك وأصحابه.

وذهب غيرهم إلى أن المزارعة كالمساقاة، لا تصح إلا بتقدير نصيب كل منهما بجزء معلوم من الزرع كالثلث والربع، لحديث ابن عمر في خيبر، وسواء قل الجزء أو كثر؛ فلو شرط له ثلث الزرع وقد أخرج أكثر، صح إذا لم يفعل ذلك حيلة، فالجزء في المزارعة كالجزء في المساقاة، فيكون على ما شرطاه عند هؤلاء.

---

(1) المغني، جـ 5 ص 589 - 591 ، وكفاية الأخيار، جـ 1 ، ص 194 - 195.

فإن عقدا على جزء مبهم كالسهم والنصيب والجزء، لم يجز، لأنه إذا لم يكن معلوماً لم يمكن قسمة الزرع بينهما.

ولو زارعه على أن لرب الأرض زرعا بعينه، وللعامل زرعاً بعينه، مثل أن يشترط لأحدهما زرع ناحية، وللآخر زرع أخرى، أو يشترط أحدهما ما على السواقي والجداول إما منفردا أو مع نصيبه، فهذا كله فاسد؛ لأن الخبر صحيح في النهي عنه، غير معارض ولا منسوخ، ولأنه ربما تلف ما عين لأحدهما دون الآخر، فينفرد أحدهما بالغلة دون صاحبه.

وكذلك لو شرط لأحدهما دراهم معلومة، أو جعل له مع الجزء المعلوم المقدر له آصعا لم يجز كل ذلك، لأنه ربما لم يحصل ذلك، أو لم يحصل غيره، فيتضرر بذلك من لم يشترط له.

وإن شرط أن يأخذ رب الأرض مثل بذره، ويقتسمان الباقي، لم يصح، لأنه كأنه اشترط لنفسه قفزانا معلومة، وهو شرط فاسد تفسد به المزارعة، لأن الأرض ربما لا تخرج إلا تلك القفزان، فيختص صاحب الأرض بها، وربما لا تخرجه؛ وموضوع المزارعة على اشتراكهما في الزرع.

ولو دفع رجل بذره إلى صاحب الأرض ليزرعه في أرضه، ويكون ما يخرج بينهما، فهو فاسد، لأن البذر ليس من رب الأرض ولا من العامل.

وإن اشترك ثلاثة، من أحدهم الأرض، ومن الثاني البذر، ومن الثالث الآلة والعمل، على أن يكون ما رزق الله تعالى بينهم، فعملوا؛ فهذا عقد فاسد كالذي قبله، لأن موضوع المزارعة على أن البذر من رب الأرض عند من يرى ذلك، أو من العامل، أو منهما معاً؛ وهذا الذي نحن فيه ليس واحداً مما ذكر، وليست هذه الصورة شركة، لأن الشركة تكون بالأثمان، فإن كانت بالعروض اعتبر كونها معلومة، ولم يوجد شيء من ذلك ههنا؛ ولا هي إجارة، لأن الإجارة تفتقر إلى مدة معلومة وعوض معلوم؛ وبهذا قال مالك والشافعي وأحمد وأصحاب الرأي؛ وعلى هذا يكون الزرع لصاحب البذر، لأنه نماء ماله، وعليه لصاحبيه أجر مثلهما، لأنهما دخلا على أن يسلم لهما المسمى، فإذا لم يسلم عاد إلى بدله، وهو أجر المثل؛ وهذا قول الشافعية والحنابلة؛ وقال بعضهم: يتصدق بالفضل؛ والصحيح أن النماء لصاحب البذر، لا تلزمه الصدقة به كسائر ماله، والراجح عند المالكية تقسيمه أثلاثا لتساويهم في الأصول.

فأما إن كانت الأرض لثلاثة، فاشتركوا على أن يزرعوها ببذرهم وأعوانهم وآلاتهم، على أن ما أخرج الله بينهم على قدر مالهم، جاز ذلك عند الأئمة جميعا، ولا يعلم فيه خلاف، لأن أحدهم لا يفضل صاحبه بشيء.

وإن كان في الأرض شجر، فزارعه الأرض، وساقاه على الشجر، صح ذلك، سواء قل بياض الأرض أو كثر؛ لأن النبي ﷺ دفع خيبر على هذا، وبهذا قال كل من أجاز المزارعة في الأرض المفردة؛ فإذا قال: ساقيتك على الشجر، وزارعتك على الأرض بالنصف مثلا، جاز؛ وكذلك إن قال: عاملتك على النصف، لأن المعاملة تشملهما.

وإن قال: زارعتك الأرض بالنصف، وساقتيك على الشجر بالربع، جاز ذلك، كما يجوز أن يساقيه على أنواع من الشجر، ويجعل له في كل نوع قدرا؛ ومنع ذلك مالك رضي الله عنه، إلا على مساقاة واحدة؛ فلا يجوز اختلاف القدر في الشجر والأرض، كما لا يجوز اختلاف الجزء إذا ساقاه على أصناف في حائط؛ وإن قال: ساقيتك على الأرض والشجر بالنصف، جاز، لأن المزارعة أيضا مساقاة من حيث إنها تحتاج إلى السقي؛ وقال بعضهم: لا يصح، لأن المساقاة لا تتناول الأرض؛ والأول أصح، لأنه عبر عن عقد بلفظ عقد يشاركه في المعنى، كما لو عقد بلفظ البيع في السلم، إذ المقصود المعنى، وقد علم بقرائن أحواله؛ وهكذا إن قال في الأرض البيضاء: ساقيتك على هذه الأرض بنصف ما يزرع فيها.

فأما إن قال: ساقيتك على الشجر بالنصف، ولم يذكر الأرض، فهل يدخل البياض الذي بين الشجر؟ في ذك خلاف:

قيل: لا يدخل في العقد، وليس للعامل أن يزرع ذلك البياض، لأن هذا لم يتناوله العقد فلم يدخل فيه، كالأرض المنفردة، وهذا قول الشافعي وأحمد.

وقال مالك وأبو يوسف: للعاقد على الشجر زرع البياض؛ فإن تشارطا أن ذلك بينهما، فهو جائز؛ وإن كان البياض يسيرا فإلغاؤه أحسن، كما ألغى الرسول البياض في خيبر وكان يسيرا؛ وأما إن اشترط صاحب الأرض أنه يزرع البياض الذي بين شجر ساقى عليه، لم يصح، لأن الداخل في هذه الحالة يسقى لرب الأرض، فتلك زيادة ازدادها عليه؛ هذا قول مالك وهو الأصح.

وإن زارعه أرضا فيها شجرات يسيرة، لم يجز أن يشترط العامل ثمرتها له، لأنه اشترط الثمرة كلها، فلم يجز، كما لو كان الشجر أكثر من الثلث؛ وقال مالك: إذا كان الشجر بقدر الثلث فأقل، دخل تبعاً، لأنه يسير، فجاز أن يشترطه العامل لنفسه[1].

الشرط الثالث: أن يتماثل ما يخرجه الشريكان من البذر في الجنس والنوع؛ كقمح أو شعير، لا إن اختلفا، كقمح من أحدهما وشعير من الآخر، وذلك في حالة ما إذا كان البذر من الجانبين؛ كما لو كانت بينهما الأرض، وأخرج كل منهما منابه من البذر، فلا بد من تماثلهما؛ فإن اختلفا فيما يخرجان، وبذر كل واحد منهما ما أخرجه على حدة، فسدت الشركة، وكان لكل واحد ما أنتج بذره، وعليه دفع النفقات الخاصة به؛ وهذا الشرط لم يعتبره بعضهم، فيصح عندهم أن يخرج أحدهما قمحاً والآخر شعيراً أو فولا إذا استوت القيم.

الشرط الرابع: شرط بعضهم أيضا خلط البذرين؛ إما حقيقة، بأن يضع كل منهما بذره على بذر صاحبه، أو حكماً، بأن يخرج كل منهما ما عليه إلى الأرض، فيبدأ كل واحد في طرفه، فيزرعان زرعة واحدة، كل واحد يزرع للآخر؛ فهو كما لو جمع في بيت، فتصح الشركة حينئذ، وإلا فلا، لعدم الامتزاج بوجه ما؛ والشركة تقتضي السلطنة على ملك الشريك، بسبب الشياع والخلط، فلا بد من تحقق السبب بصورة أو معنى؛ فإن زرع أحدهما بذره في فدان في ناحية، والآخر في ناحية أخرى، ولم يدخلا على ذلك، لم تنعقد الشركة لعدم الخلط، ولكل واحد ما أنبت حبه، ويتراجعان فضل الأكرية ويتقاصان؛ وهذا الشرط كما ذكرنا مختلف فيه، فمنهم من لم يشترط ذلك أصلاً[2].

* وهذه الشروط إنما تراعى عند من يجعل عدم تقابل البذر مع الأرض شرطا في صحة المزارعة، وهو مذهب مالك وأصحابه كما تقدم؛ وأما من يشترط لصحتها أن يكون البذر من صاحب الأرض دائماً، فلا يتصور على مذهبهم اشتراط تماثل البذور أو الخلط بينها، لكونها تخرج من جانب واحد؛ ولا يشترط عندهم كذلك أن يكون الربح بينهما بنسبة ما أخرجا، بل تصح المزارعة على ما شرطا، قل الجزء المشترط أو كثر، لأنها كالمساقاة في أحكامها من حيث إنها معاملة على الأرض ببعض نمائها.

---

(1) انظر ما تقدم في الشرط الثاني: الذخيرة للقرافي، جـ 6 ، ص 106-127 ، والمغني والشرح الكبير، جـ 5، ص 586 - 594.

(2) انظر الذخيرة للقرافي، جـ 6 ، ص 127.

ومن يجيز كون البذر منَ العامل أو من صاحب الأرض، فأيهما أخرج البذر صحت المزارعة اعتماداً على قصة خيبر، لا يتأتى على مذهبهم اشتراط أن لا يتقابل البذر والأرض، ولا تماثل البذور أو خلطها، ولا كون الربح بنسبة ما أخرجا، لأن الجزء المقدر من الزرع للشريكين على ما شرطاه.

فتلخص أن هذه الشروط الأربعة إنما تراعى عند المالكية، وهم الذين اشترطوا لصحة المزارعة أن لا تتقابل الأرض والبذر كلا أو جزءاً؛ ويلزم من ذلك اشتراط تماثل البذور، لأن البذر قد يكون من الجانبين، ووجوب الخلط حقيقة أو حكماً، لتحقيق الامتزاج والسلطنة على ملك الشريك؛ ثم اعتبارهم المزارعة شركة في الزرع، فاشترطوا فيها ما شرط في نصيب الشركاء من كونه على حسب رأس المال وأجر العمل، إلا ما كان تبرعاً من أحدهما للآخر بالزيادة، أو كان تافها يسيرا.

* وبناء على الشروط السابقة وجدت مسائل وصور للمزارعة صحيحة، وأخرى باطلة، عند المالكية، وإليك بيان كل منها:

حكمها:

أولا: المسائل الجائزة:

1 - أن يتساوى الشريكان في الجميع، بأن تكون الأرض بينهما، والعمل بينهما، والآلات كذلك بكراء أو ملك منهما، واتفقا على أن ما أخرج الله يكون بينهم؛ وهذه لا خلاف في جوازها، لأن أحدهم لا يفضل صاحبه بشيء.

2 - أو قابل البذر من أحدهما عمل من الآخر، والأرض بينهما بكراء أو ملك.

3 - أو تكون الأرض من أحدهما، والعمل من الآخر، والبذر بينهما، إذا ساوى الأَرْضَ ما يقابلها من العمل.

4 - أو يكون البذر والأرض معاً من أحدهما، والعمل من الآخر؛ فهذه الثلاث جائزة أيضا كالأولى، لأنه لم يقابل الأرض فيها بذر.

5 - أن يكون لأحدهما الجميع (الأرض والبذر والآلة) إلا عمل اليد فقط، من حرث، وتنقية، ودرس، فيكون من الآخر؛ وهذه الصورة جائزة بشرط زائد على ما تقدم، وهو أن يكون العقد بلفظ الشركة، على أن للعامل جزءاً من الزرع، كخمس أو غيره؛ وتسمى مسألة الخماس، ولا تصح إن عقدا بلفظ الإجارة أو أطلقا، فتفسد.

ثانيا: المسائل الممنوعة:

1 - مسألة الخماس السابقة، وهي أن يكون فيها الجميع لأحدهما إلا عمل اليد فعلى الآخر، إذا عقدا بلفظ الإجارة، أو أطلقا فلم ينصا على شيء، لأن الزرع مجهول، والإجارة بجزء مجهول لا تجوز، وعدم النص يحمل على الإجارة.

2 - أو كان البذر من أحدهما، ومن الآخر الأرض والعمل، وهذا ولو كانت الأرض رخيصة لا بال لها، فتفسد لمقابلة الأرض بالبذر.

3 - أو كان البذر والعمل من أحدهما ومن الآخر الأرض، فتمتنع لمقابلة الأرض بالبذر أيضا.

4 - أو كانت الأرض من أحدهما والبذر من الآخر، والعمل بينهما لنفس العلة.

5 - أو كانت الأرض منهما ملكا أو كراء، والعمل من أحدهما، والبذر من الآخر، ولم تتقارب قيمة البذر والعمل؛ فإن تقاربت قيمتها جازت، لأن البذر في هذه الحالة يقابل العمل ولا يقابل الأرض.

6 - أن يتفقا على إسقاط أرض لأحدهما لها بال، ثم يستويان في غيرها، من بذر وعمل وآلة، فتفسد لعدم التساوي مع إلغاء أرض لها بال؛ فلو دفع لربها نصف كرائها عينا أو عرضا، جازت، لعدم التفاوت؛ وأما إن كانت الأرض لا بال لها، جاز إلغاؤها بينهما، لأن ما لا بال له كالعدم.

7 - ولو تساويا في الجميع، ولكن أحدهما يسلف الآخر البذر، فتفسد، لأن السلف في هذه الحالة يكون في نظير منفعة المقرض بالزرع، ومعلوم أن السلف الذي يجر منفعة لا يجوز.

حكم المزارعة الفاسدة:

تفسد المزارعة لفقد شرط أو وجود مانع، كأن دخلا على أن يكون لأحدهما النصف، وقد أخرج أقل من ذلك أو أكثر، أو دخلا على أن يكون البذر من أحدهما والأرض من الآخر، وما عداهما بينهما، أو عقدا بلفظ الإجارة، أو أطلقا في مسألة الخماس، أو اشترط لأحدهما جزء مجهول أو دراهم معلومة أو أقفزة معينة، أو أنه إن شرب بسيح فله كذا، وإن سقى الأرض بكلفة فله كذا، أو كان البذر من العامل عند

من يشترط كونه من رب المال، أو كان البذر من أحدهما ومن الآخر الأرض والعمل؛ فهذا وأمثاله يفسد المزارعة.

فإذا فسدت وعثر عليها قبل الفوات بالعمل، فسخت؛ وإن فاتت بالشروع في العمل، فلمن يكون الزرع؟ في ذلك أقوال:

* القول الأول: التفصيل؛ وجملته أن الشريكين - أو الشركاء - إما أن يقع العمل منهما معاً، أو ينفرد به أحدهما:

فإن وقع منهما وعملا معاً، وكان البذر لأحدهما وللآخر الأرض، فالزرع بينهما، ويترادان غيره، فعلى صاحب البذر نصف كراء أرض صاحبه، وعلى صاحب الأرض لرب البذر نصف مكيلة البذر.

وإن انفرد بالعمل أحدهما وله مع عمله إما الأرض وإما البذر، فله الزرع وحده، ثم بعد ذلك:

1 - إن كان له مع عمله الأرض، والبذر لشريكه، لزمه أن يدفع مثل بذر شريكه الذي انفرد به.

2 - وإن كان له مع عمله البذر، والأرض لشريكه، لزمه أن يدفع أجرة أرض شريكه التي انفرد بها.

3 - وإن كان مع عمله بعض كل من الأرض والبذر، وبعض كل منهما لشريكه، لزمه أن يدفع لشريكه مثل بذره.

فحالة انفراد أحدهما بالعمل فيها ثلاث صور:

ففي الصورة الأولى: (انفراد بالعمل مع الأرض، والبذر لشريكه)؛ علة الفساد كون البذر في مقابل الأرض والعمل، فكان جزء منه مقابلا للأض بالضرورة، ومقابلة الأرض بالبذر مفسد.

وفي الصورة الثانية: (انفراد بالعمل مع البذر، والأرض لشريكه)؛ علة الفساد فيها كون الأرض وقعت في مقابلة العمل والبذر، فيكون جزء من الأرض في مقابلة العمل، والجزء الآخر في مقابلة البذر، ومقابلة الأرض بالبذر مفسد.

وفي الصورة الثالثة: (انفراد بالعمل مع بعض كل من الأرض والبذر، وبعض كل منهما لشريكه)؛ علة الفساد فيها التفاوت لانفراد أحدهما بالعمل.

أما لو انفرد أحدهما بالعمل فقط، ولا يكون له شيء سوى عمله، وتكون الأرض والبذر والآلة للآخر، وهي مسألة الخماس السابقة، إذا عقدا بلفظ الإجارة أو أطلقا، فإنه لا يكون للعامل شيء من الزرع، وإنما له أجرة عمله فقط، والزرع كله يكون لصاحب الأرض، فرجع هذا القول إلى ما هو الراجح من الأقوال - عند المالكية - إن الزرع في المزارعة الفاسدة لمن اجتمع له شيئان من أصول ثلاثة: البذر والأرض والعمل.

هذا، ولو كان الشركاء ثلاثة فأكثر، فالزرع لمن له شيئان منها، سواء تعدد من له الشيئان أو انفرد؛ فإن انفرد فالأمر ظاهر، وإن تعدد كان بينهما أو بينهم، وأعطي لمن انفرد بشيء مثل بذره، إن كان ما انفرد به بذرا، أو أجرته إن كان غير بذر؛ فلو انفرد كل منهم بشيء واحد من الأصول الثلاثة، فالزرع بينهم أثلاثا، وكذا لو كان لكل منهم شيئان؛ هذا التفصيل هو الراجح عند المالكية.

* القول الثاني: إن الزرع لصاحب البذر، وعليه لأصحابه أجر ما أخرجوه؛ وهذا قول أكثر الفقهاء: الشافعية والحنابلة وأبي ثور، وهو أحد الأقوال الستة عند المالكية؛ وإنما كان الزرع في المزارعة الفاسدة لصاحب البذر لأنه عين ماله، يتقلب من حال إلى حال ويُنَمَّى، فهو كصغار الشجر إذا غرس فطال، وعليه أجرة صاحبه.

فإن كان البذر من العامل، فله الزرع، وعليه أجرة الأرض، لأن ربها إنما بذلها بعوض لم يسلم له، فرجع إلى عوض منافعها الفائتة بزرعها على الزارع.

وإن فسدت والبذر من رب الأرض، فالزرع له، لأنه نماء ماله كما ذكرنا، وعليه مثل أجر العامل لذلك.

وإن كان البذر منهما، فالزرع بينهما على قدر البذر، ويتراجعان بما يفضل لأحدهما على ما ذكرنا.

* القول الثالث، وهو لابن حبيب من المالكية: إن شركة الزرع إن فسدت للمخابرة (أي كراء الأرض بما يخرج منها)، فالزرع لرب البذر؛ وإن سلمت المزارعة من كراء الأرض بما يخرج منها، ولكن فسدت لغيرها، كان الزرع بينهم على ما شرطوا، وتعادلوا فيما أخرجوه.

* القول الرابع: الزرع لصاحب عمل اليد، ولو انفرد به، فلم يصحبه شيء آخر من بذر أو أرض أو بقر، وعليه لأصحابه ما أخرجوه من بذر أو أرض.

* القول الخامس: الزرع لمن اجتمع له شيئان من أربعة أشياء: أرض، وبذر، وعمل يد، وبقر.

* القول السادس: الزرع لمن اجتمع له شيئان من ثلاثة: أرض، وبقر، وعمل.

- ومنشأ الخلاف في المسألة النظر إلى قوة السبب، فمن اعتقد قوة سبب جعل الزرع لصاحبه.

وإذا حرثا الأرض، وغاب أحدهما عند الزراعة، فخاف الآخر الفوات فبذر من عنده، فالزرع للباذر، وللآخر كراء الأرض محروثة، لأن الزرع للزارع.

ولو قسم الأرض بحضرة جماعة، وزرع في نصيبه، لا ينفعه ذلك، وعليه كراء ما زرع، إلا أن يقسم بأمر السلطان.

ولو امتنع أحد الشريكين من التمادي على ما دخل عليه، أجبر عند من يرى أن الشركة تلزم بالعقد؛ وقيل: لا يجبر إن لم يبذر، وإلا أجبر؛ فإن عجز عمل شريكه، وإذا طاب الزرع باع واستوفى حقه؛ فإن فضل اتبع به لقيامه عنه بما يلزمه؛ ولو ذهب السيل بالزرع في وقته، فأراد أحدهما إعادة البذر وأبى الآخر، لم يجبر، لأن عملهما قد تم.

الفصل السابع

الصلــح

الصلح: اسم مصدر لصالحه[1] مصالحة وصِلاحاً بكسر الصاد، وهو يذكر ويؤنث، لغة: قطع النزاع.

وهو في الشرع، بمعناه العام؛ معاقدة يتوصل بها إلى إصلاح بين المختلفين؛ ويتنوع أنواعاً: صلح بين المسلمين وأهل الحرب، وصلح بين أهل العدل وأهل البغي، وصلح بين الزوجين إذا خيف الشقاق بينهما؛ قال الله تعالى: **﴿لَا خَيْرَ فِي كَثِيرٍ مِّن نَّجْوَاهُمْ إِلَّا مَنْ أَمَرَ بِصَدَقَةٍ أَوْ مَعْرُوفٍ أَوْ إِصْلَاحٍ بَيْنَ النَّاسِ﴾**[2]، وقال: **﴿وَإِن طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا﴾**[3]، وقال: **﴿وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِن بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَن يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾**[4].

وعن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «الصُّلْحُ بَيْنَ المُسْلِمِينَ جَائِزٌ إِلَّا صُلْحاً حَرَّمَ حَلَالًا أَوْ أَحَلَّ حَرَامًا»؛ قال الترمذي: حديث حسن صحيح؛ وله طرق وشواهد[5].

«وأتت امرأة ثابت بن قيس بن شماس إلى النبي ﷺ تسأله في فراق زوجها على أن ترد ما أخذت، فأصلح عليه الصلاة والسلام بينهما على ذلك، وأخذ الصداق وأوقع الطلاق»، رواه البخاري والنسائي وابن ماجه.

ومما كتب عمر إلى أبي موسى الأشعري رضي الله عنهما قوله «... واجتهد في الصلح ما لم يتبين لك وجه القضاء...»؛ وهذا جملة من رسالته المشهورة في القضاء، رواها الدارقطني والبيهقي في السنن الكبرى، 135/10.

---

(1) ويقال اصطلحا وتصالحا، واصّالحا مشدد الصاد، وصلح الشيء بضم اللام وفتحها صلاحاً وصُلُوحاً: ضد فسد؛ وصلح: زال عنه الفساد: فالصلاح والإصلاح ضد الفساد والإفساد. انظر لسان العرب: 4 / 2479.

(2) النساء الآية: 114.

(3) الحجرات الآية 9. (4) النساء الآية 128.

(5) وهذا الحديث وإن انتقد الترمذي في تصحيحه له لكون أحد رواته متروك الحديث، إلا أن له شواهد يعضد بعضها بعضا، ولهذا صححه الألباني بمجموع طرقه؛ انظر الإرواء «5 / 142 - 144»

وروى عبد الله بن كعب بن مالك على أبيه أنه تقاضى عبد الله بن أبي حدرد دينا كان له عليه، فلازمه في المسجد، فارتفعت أصواتهما حتى سمعهما النبي ﷺ، فخرج إليهما، ثم نادى: «يا كعب»، قال: لبيك يا رسول الله؛ فأشار إليه أن ضع الشطر من دينك، قال: قد فعلت يا رسول الله؛ فقال الرسول ﷺ للمدين: «قم فأعطه»، متفق عليه.

وروي أيضا أن النبي ﷺ «قد كلم غرماء جابر ليضعوا عنه، فوضعوا عنه الشطر»، رواه البخاري، وأحمد، وأبو داود، والنسائي، وابن ماجه؛ كما روي أنه كلم غُرماء الذي أصيب في حديقته، فمر به النبي ﷺ وهو ملزوم، فأشار إلى غرمائه بالنصف، فأخذوه منه.

فقد دلت الآيات والأحاديث المذكورة على مشروعية الصلح في الدماء والفروج والأموال؛ ويدل على مشروعيته النظر أيضا، لأن أحد المتخاصمين على منكر قطعاً، وإزالة المنكر واجبة إجماعاً، والصلح وسيلة لذلك، ووسيلة الواجب واجبة، فهو من باب «ما لا يتم الواجب إلا به»؛ وأجمعت الأمة على جواز الصلح في هذه الأنواع التي ذكرناها في الجملة؛ ولكل واحد منها باب يفرد له ويذكر فيه أحكامه؛وهذا المبحث الذي معنا في:

الصلح بين المتخاصمين في الأموال ونحوها:

لأنه الذي يدخل في باب عقود المعاوضات.

تعريف الصلح على الأموال:

قيل في تعريفه: هو انتقال عن حق أو دعوى بعوض، لرفع نزاع أو خوف وقوعه[1]؛ فقوله «انتقال عن حق»: هو الصلح على إقرار المدعى عليه، أو قيام بينة على ثبوت الحق؛ وكذا الصلح على السكوت بناء على أن السكوت كالإقرار، وهو المشهور؛ وقوله «عن دعوى»: أي انتقال عن دعوى، وهو الافتداء بمال عن يمين توجهت على المدعى عليه، ولو علم براءة نفسه على الراجح؛ فهي حينئذ لدفع مفسدة الخصومة، وذلك من مقصود العقلاء.

(1) مواهب الجليل: جـ 81/5، والشرح الصغير، جـ 4 ، ص 53.

وقيل: الصلح «معاوضة على دعوى»[1]، سواء كانت دعوى ثابتة بإقرار أو سكوت أو بنية، أو دعوى غير ثابتة، وهو الصلح على الإنكار، والمال المدفوع في الصلح على الإنكار عوض عن اندفاع اليمين عن المدعى عليه كما تقدم؛ فكلا التعريفين مضمونهما واحد، ولكن الأول أوضح[2].

فمن التعرفين السابقين يتبين أن الصلح في الأموال نوعان: صلح على إقرار وصلح على إنكار:

النوع الأول: الصلح على الإقرار:

فأما الصلح على الإقرار فدائر بين أمور: بيع، وصرف، وإجارة، وهبة، وإبراء.

أ - فإن كانت المعاوضة على أعيان فبيع، كأن يعترف له بعروض فيصالحه على أثمان، أو يعترف له بأثمان فيصالحه على عروض؛ فهذا بيع يثبت فيه شروط البيع وأحكامه، من كونه طاهرا، منتفعا به، مقدوراً على تسليمه، ليس طعام معاوضة، ولم يترتب عليه فسخ الدين بالدين؛ فلو اعترف له بدين فصالحه على شيء موصوف في الذمة، لم يجز التفرق قبل القبض، لأنه بيع دين بدين؛ ولو كان له عليه قنطار قمح فصالحه على شعير مؤجل، لم يصح الصلح، لأنه بيع طعام بطعام نسيئة وهو ربا.

وإذا ادعى زرعا في يد رجل، فأقر له به، ثم صالحه على دراهم، جاز الصلح إن كان على الوجه الذي يجوز فيه بيع الزرع؛ فإن صالحه على دراهم بعد بدوّ صلاح الزرع، أي اشتداد حبه، صح الصلح، لأن بيع الزرع في الأرض بعد اشتداد حبه جائز؛ وكذا إذا صالحه قبل اشتداد الحب بشرط قطعه في الحال، وعدم تبقيته حتى يبدو صلاحه، لأنه يجوز بيعه بشرط القطع قبل اشتداد حبه؛ أما إذا صالحه قبل اشتداد حبه بدراهم بشرط أن يبقى الحب إلى نضجه في الأرض، أو كان عقد الصلح مطلقا، لم يذكر فيه بقاء الزرع ولا قطعه، فإن هذا الصلح لا يصح، إذ لا يجوز بيعه في هذه الحالة، كما تقدم في البيع.

---

(1) تهذيب الفروق، جـ 4 ، ص 5.

(2) هذا، وعرفه الحنيفة بأنه «عقد وضع لرفع المناصبة»، فتح القدير، جـ 8 ، ص 23 ، وهو مجمل لا يشير إلى أنواعه؛ وقال الشافعية: «إنه عقد يحصل به النزاع»، مغني المحتاج، جـ 2 / 177؛ وهذا أيضا كالذي قبله، عام لجميع الأبواب التي يدخلها الصلح، وليس خاصا بالصلح بالأموال الذي هو المقصود هنا.

ب - وإن كان الصلح بأحد النقدين عن الآخر، كان صرفا، كأن يعترف له بمائة درهم فيصالحه منها بعشر دنانير، أو يعترف بعشرة دنانير فيصالحه على مائة درهم؛ فهذا صرف يشترط له شروطِ الصرف من التقابض في المجلس.

ج - وإن كان المصالح به منافع والمدَّعَى عين، فإجارة، كما لو كان له عليه دراهم فصالحه على سكنى دار، أو على أن يعمل له عملا معلوماً، صح الصلح، ويكون ذلك إجارة، لها حكم سائر الإجارات؛ ومثاله أيضا أن يدعي عليه بأن هذا الثوب أو هذا الكتاب له، فيقر به المدعى عليه، ثم يصالحه بمنفعة شيء من عقار أو حيوان، صح الصلح، لعدم فسخ الدين في الدين، لأن المدعى به حاضر، وغايته إجارة المنفعة بشيء معين، ولا شيء في ذلك؛ فلو كان المدعى به غير معين بل كان في الذمة، لم يجز الصلح عنه بمنافع، معينة كانت أو غير معينة، لأنه فسخ دين بدين، لأن المنافع تستوفى بالتدريج، وتتوقف على مضى المدة؛ وذلك كما لو ادعى عليه مائة دينار، أو ثوبا موصوفا غير معين، فصالحه على أن يسكن في بيت له شهرا، فلا يصح، لأنه دين بدين، وهو منهي عنه، إذ المنفعة هنا غير حاضرة، وقبض أولها ليس قبضاً لآخرها؛ وإن كان المدعى به منافع، فصالح عليها بغيرها، عينا أو منفعة، قبل أن يستوفيها المدعى عليه، فالصلح إجارة أيضا.

د - الإبراء والهبة؛

أما الإبراء: فهو أن يعترف له بدين في ذمته، فيقول له: قد أبرأتك من نصفه أو جزء معين منه، فأعطني ما بقي، فيصح الصلح إذا كان الإبراء مطلقا من غير شرط، بلا خلاف في ذلك، لأن النبي ﷺ كلم غرماء جابر ليضعوا عنه، فوضعوا عنه الشطر، وأن كعب بن مالك كان له دين على ابن أبي حدرد، فلازمه فيه في المسجد حتى ارتفعت أصوتهما، فأمر النبي ﷺ كعبا أن يضع الشطر، ففعل؛ هذا إذا كان الإبراء بغير شرط، بل تطوع ببعض حقه، فأما إن منعه المقر حقه حتى يضع عنه بعضه، بأن قال: على أن توفيني ما بقي؛ فلا يصح الصلح عند بعض الفقهاء، لأنه ما أبرأه عن بعض الحق إلا ليوفيه بقيته؛ فكأنه عاوض بعض حقه ببعض، وذلك كأن يقول: أبرأتك من خمسمائة بشرط أن تعطيني ما بقى.

وأما الهبة: فصورتها أن يكون له عين في يد المدعى عليه المقر، فيقول قد وهبتك نصفها فأعطني بقيتها، فيصح، ويعتبر له شروط الهبة؛ هذا إذا تطوع بإسقاط بعض

حقه، فإن أخرجه مخرج الشرط لم يصح، كأن يقول: وهبتك نصفها بشرط أن تعطيني بقيتها، لأنه إذا اشترط في الهبة الوفاء جعل الهبة عوضا عن الوفاء به، فكأنه عاوض بعض حقه ببعض.

* هذا ويصح الصلح عن المجهول، سواء كان عينا أم دينا، إذا كان مما لا سبيل إلى معرفته، وذلك مثل الرجلين تكون بينهما المعاملة والحساب الذي قد مضى عليه الزمن الطويل، لا يعلم كل واحد منهما ما عليه لصاحبه، فيجوز الصلح بينهما؛ وكمن عليه حق لا علم له بقدره، جاز أن يصالح عليه، وسواء كان صاحب الحق يعلم قدر حقه ولا بينة له، أم لا علم له؛ ويحسن أن يحلل كل منهما الآخر، كأن يقول القابض: إن كان لي عليك حق فأنت منه في حل، ويقول الدافع: إن كنت أخذت أكثر من حقك فأنت منه في حل؛ ومنع الشافعي الصلح على مجهول، لأنه فرع البيع، ولا يصح البيع على مجهول.

والصحيح القول بالصحة؛ ودليله ما روي عن النبي ﷺ أنه قال في رجلين اختصما في مواريث درست: «استهما وتوخيا، وليحلل أحدكما صاحبه»، رواه أحمد؛ وهذا كما ترى صلح على المجهول، ولأنه إسقاط حق، فصح في المجهول كالطلاق والعتاق، ولأنه إذا صح الصلح مع العلم وإمكان أداء الحق بعينه، فلأن يصح مع الجهل أولى؛ وذلك لأنه إذا كان معلوما، فلهما طريق إلى التخلص وبراءة أحدهما من صاحبه بدونه، ومع الجهل لا يمكن ذلك، فلو لم يجز الصلح أدى إلى ضياع المال على تقدير أن يكون بينهما مال لا يعرف كل واحد منهما قدر حقه منه.

وقول الشافعي: إن الصلح فرع البيع فيه نظر، إذ لا نسلم كونه بيعا ولا فرع بيع، وإنما هو إبراء؛ ولو سلمنا كونه بيعا، فلا مانع من صحته في المجهول عند الحاجة؛ ألا ترى أن أساسات الحيطان، وطي الآبار، وما مأكوله في جوفه، تباع وهي مجهولة، لأن الضرورة دعت لذلك؛ فكذا الصلح مع الجهالة وتعذر معرفة مقدار الحق، فيجوز للحاجة لإبراء الذمم وإزالة الخصام.

وأما عوض الصلح؛ فإن كان مما لا يحتاج إلى تسليمه ولا سبيل إلى معرفته، كالمختصمين في مواريث دارسة وحقوق سالفة، أو في أرض أو عين من المال لا يعلم كل واحد قدر حقه، صح الصلح مع الجهالة من الجانبين، لما ذكرنا من الخبر والمعقول؛ وإن كان العوض يحتاج إلى تسليمه، لم يجز مع الجهالة، ولا بد من العلم به؛ لأن تسليمه واجب، والجهالة تمنعه، وتؤدي إلى الخصام والتنازع، فلا يحصل مقصود الصلح.

وأما ما يمكنهما معرفته، كتركة موجودة، أو يعلمه الذي هو عليه ويجهله صاحبه، فلا يصح الصلح عليه مع الجهل، لأن الصلح إنما جاز مع الجهالة للحاجة إليه لإبراء الذمم وإزالة الخصام، فمع إمكان العلم لا حاجة إلى الصلح مع الجهالة، فلم يصح كالبيع.

* هذا ويصح الصلح عن كل ما يجوز أخذ العوض عنه، سواء كان مما يجوز بيعه أم لا يجوز؛ فيصح عن دم العمد، وسكنى الدار، وعيب المبيع؛ ومتى صالح عما يوجب القصاص بأكثر من الدية أو أقل، جاز؛ وقد روي أن الحسن والحسين وسعيد بن العاص بذلوا للذي وجب له القصاص على هدبة بن خشرم سبع ديات، فأبى أن يقبلها؛ ولأن دم العمد لا دية فيه، فالمال غير متعين فيه، فلا يقع العوض في مقابلته.

فأما إن صالح عن قتل الخطأ بأكثر من ديته من جنسها لم يجز، وكذا لو أتلف شيئا ما، فصالح عنه بأكثر من قيمته من جنسها، لم يجز، لأن الدية في الخطأ، وقيمة المتلف ثبتت في الذمة مقدرة، فلم يجز أن يصالح عنها بأكثر منها من جنسها، كالثابتة عن قرض أو ثمن مبيع؛ ولأنه إذا أخذ أكثر منها فقد أخذ حقه وزيادة لا مقابل لها، فيكون أكل مال بالباطل؛ وهكذا كل صلح عن الحق بأكثر منه من جنسه، أو عن قيمة متلف بأكثر منها من جنسها، فلا يصح.

وقال أبو حنيفة: يجوز الصلح عن الحق بأكثر من جنسه، أو عن قيمة المتلف بأكثر منها من جنسها، لأنه يأخذ عوضا عن المتلف، فجاز أن يأخذ أكثر من قيمته، كما لو باعه بذلك؛ ولا وجه لهذا القول، لأنه حينئذ يأخذ حقه وزيادة لا مقابل لها، فهو أكل مال بالباطل؛ فأما إذا صالحه على غير جنس قيمة المتلف بأكثر قيمة منها، جاز ذلك، لأنه بيع؛ ويجوز أن يشتري الشيء بأكثر من قيمته أو أقل منها.

ما لا يجوز أخذ العوض عنه لا يصح الصلح عليه: ولا يصح الصلح على ما لا يجوز أن يأخذ العوض عنه، مثل أن يصالح امرأة لتقر بالزوجية، لأنه صلح يحل حراما، ولأنها لو أرادت بذل نفسها بعوض لم يجز، وإن دفعت إليه عوضا عن هذه الدعوى ليكف عنها، ففي جواز ذلك قولان:

أحدهما: لا يجوز، لأن الصلح في الإنكار إنما يكون في حق المنكر لافتداء اليمين، والمرأة التي أنكرت الزوجية لا يمين عليها، وفي حق المدعي ليأخذ العوض في مقابلة حقه

الذي يدعيه، وخروج البضع من ملك الزوج لا قيمة له؛ وإنما أجيز الخلع للحاجة إلى افتداء نفسها.

ثانيهما: يجوز لها دفع العوض ليكف عنها، لأن المدعي يأخذ عوضا عن حقه من النكاح، فجاز، كعوض الخلع، والمرأة تبذله لقطع خصومته وإزالة شره؛ وربما توجهت اليمين عليها، لأن من الناس من يوجب اليمين على المرأة التي تنكر الزوجية، فقد يرى الحاكم ذلك، فتفتدي يمينها بدفع العوض، ليكف عنها.

ومتى صالحته عن ذلك ثم ثبتت الزوجية بعد ذلك بإقرارها أو ببينة، فإن قلنا: الصلح باطل، لا يجوز، فالنكاح باق بحاله، لأنه لم يوجد من الزوج طلاق ولا خلع؛ وإن قلنا: الصلح صحيح، احتمل بقاء النكاح بحاله أيضا، إذ لم يحصل منه طلاق ولا خلع، وإنما دفعت العوض لتفتدي يمينها، ولقطع خصومته؛ فإذا ثبت النكاح بعد ذلك ببينة أو إقرار بقي لحاله، واحتمل أن تبين منه بأخذ العوض، لأنه أخذ العوض عما يستحقه من نكاحها، فكان خلعاً، فأشبه ما لو أقرت له بالزوجية فخالعها.

ولو ادعت المرأة أن زوجها طلقها ثلاثا، فصالحها على مال لتنزل عن دعواها، لم يجز، لأنه لا يجوز لها بذل نفسها لمطلقها بعوض ولا بغيره؛ وإن دفعت إليه مالا ليقر بطلاقها، فقيل: لم يجز أيضا، وقيل: يجوز، كما لو بذلت له عوضا ليطلقها ثلاثا.

ولو صالح شاهدا ليكتم شهادته، لم يصح لأنه لا يخلو من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يصالحه على أن لا يشهد عليه، بحق تلزمه الشهادة به، كدين الآدمي، أو حق لله تعالى، لا يسقط بالشبهة كالزكاة ونحوها، فلا يجوز كتمانه، ولا يجوز أخذ العوض عن ذلك، كما لا يجوز أخذ العوض عن شرب الخمر وترك الصلاة ونحو ذلك.

الثاني: أن يصالحه على أن لا يشهد عليه بالزور، فهذا يجب على الشاهد تركه، ويحرم عليه فعله، فلم يجز أخذ العوض عنه؛ كما لا يجوز أن يصالحه على أن لا يقتله ولا يغصب ماله ولا يسرقه.

الثالث: أن يصالحه على أن لا يشهد عليه بما يوجب حد الزنا والسرقة، فلا يجوز أخذ العوض عنه، لأن ذلك ليس بحق له، فلم يجز له أخذ عوضه، كسائر ما ليس بحق له؛ فلو صالح السارق والزاني والشارب بمال على أن لا يرفعه إلى السلطان، لم يصح الصلح لذلك، ولم يجز له أخذ العوض على عدم رفعه.

وإن صالحه عن حد القذف، لم يصح الصلح، لأنه إن كان حقًّا لله تعالى لم يكن له أن يأخذ عوضه، لكونه ليس بحق له، فأشبه حد الزنا والسرقة؛ وإن كان حقًّا للمقذوف، لم يجز الاعتياض عنه، لكونه حقا ليس بمالي، ولهذا لا يسقط إلى بدل، بخلاف القصاص، ولأن حد القذف لتنزيه العرض فلا يجوز أن يعتاض عن عرضه بمال.

ولكن هل يسقط حد القذف بالصلح؟ فيه وجهان مبنيان على الخلاف[1] في كونه حقا لله تعالى، أو حقا لآدمي؛ فإن قلنا إنه حق لله تعالى، لم يسقط بصلح الآدمي ولا بإسقاطه، لأن حق الله لا يتمكن العبد من إسقاطه، وإن قلنا: إنه حق للآدمي، يسقط الحد بصلحه وإسقاطه.

وإن صالح عن حق الشفعة، لم يصح، لأنه حق شرع على خلاف الأصل لدفع ضرر الشركة، فإذا رضي بالتزام الضرر سقط الحق من غير بدل، ولم يجز البدل عنه لأنه ليس بمال كحد القذف.

ولو كان عليه عشرة أثواب إلى شهر، فصالحه على اثني عشر نقدا، فلا يصح لما فيه من «حط الضمان وأزيدك».

وإن صالحه عن المؤجل ببعضه نقدا، لم يصح الصلح، كأن يصالح بثمانية نقدا عن عشرة مؤجلة، وذلك ما يعرف بمبدأ «ضع وتعجل»، وهو ممنوع، لكونه يبذل القدر الذي يحطه عوضا عن تعجيل ما في ذمته، لأن من عجل ما لم يجب عليه يُعَدُّ مسلفا، فهو حينئذ قد أسلف ليسقط عنه بعض الدين، ويأخذ من نفسه لنفسه دينه، فهو سلف للنفع دون المعرف الذي شرع القرض لأجله، فيمتنع؛ فإن كان ذلك من غير مواطأة واتفاق في عقد، جاز، لأنه تبرع.

وأجاز ذلك بعض السلف، وهو مروي عن الحسن وابن سيرين؛ فيجوز عندهم الصلح عن المؤجل ببعضه نقدا، ولو شرط ذلك في العقد؛ ولعل حجتهم في ذلك أن تعجيل المؤجل بدون إسقاط جائز، لأنه حسن قضاء، والإسقاط وحده أيضا جائز، لأنه

---

(1) قاعدة: الحقوق ثلاثة أقسام: حق لله فقط، وهو ما لا يتمكن العبد من إسقاطه، وحق للعبد، وهو ما يتمكن العبد من إسقاطه، وحق مختلف فيه، هل هو حق لله أو للعبد؟ كحد القذف، وعليه ينبني قبول العفو فيه من المقذوف؛ وحقوق الله تعالى أوامره ونواهيه، وحقوق العبد مصالحه، وما من حق للعبد إلا وفيه حق لله تعالى، وهو أمر الله تعالى بإيصال ذلك الحق إلى مستحقه؛ ثم من حقوق العبد ما قد يحجر الله تعالى على العبد فيها لنفاستها، فتصير حقا لله، كبيع الربا، فإن الزيادة من مال المرابي وهو محجور عليه فيها، وكذلك السرف وإفساد النفوس والأعضاء، من هذا القبيل.

إحسان؛ وإذا كان كل منهما على حدته جائزا جاز الجمع بينهما، ولو بشرط في العقد، كما لو فعلا ذلك من غير مواطأة عليه.

وأجيب بالفرق بين ما كان من تعجيل المؤجل بشرط إسقاط بعضه ومواطأة عليه في العقد، وبين الجمع بين التعجيل من المدين وإسقاط البعض من الدائن من غير مواطأة ولا شرط في العقد، لأن كل واحد منهما حينئذ متبرع ببذل حقه من غير عوض؛ ولا يلزم من جواز الجمع بين التعجيل والإسقاط تبرعاً جوازه مع الشرط في العقد، لأنه في هذه الحالة سلف جر منفعة.

ولا يصح الصلح بدراهم عن دنانير مؤجلة، وعكسه، لما في ذلك من الصرف المؤخر.

ولا يصح الصلح بحالٍّ، عن طعام المعاوضة، كأن يصالح عن طعام السلم بدينار قبل قبضه، فلا يصح، لنهيه عليه الصلاة والسلام عن بيع الطعام قبل قبضه، فقال: «مَنِ ابْتَاعَ طَعَامًا فَلَا يَبِيعُهُ حَتَّى يَسْتَوْفِيَهُ»[1]؛ والصلح ببدل بيع، فيمتنع عن طعام المعاوضة.

النوع الثاني: الصلح على الإنكار:

اختلف الأئمة في جواز الصلح عن الإنكار، فقال مالك وأبو حنيفة وابن حنبل: الصلح على الإنكار صحيح؛ وخالف الشافعي فقال: لا يصح.

واحتج القائلون بصحة الصلح على الإنكار:

* أولا: بعموم قوله عليه الصلاة والسلام: «الصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ إِلَّا صُلْحاً حَرَّمَ حَلَالًا أَو أَحَلَّ حَرَامًا»، رواه الترمذي، وقد تقدم تخريجه، وله طرق وشواهد يقوي بعضها بعضا؛ والصلح على الإنكار داخل في عمومه.

---

(1) اختلف العلماء في سبب منع بيع الطعام قبل قبضه، فقيل: إن ذلك تعبد لا يفهم معناه؛ وهذا ضعيف، لأن الغالب في المعاملات فهم المعنى من الأوامر والنواهي، والتعبد نادر؛ والأكثرون على أن النهي عن بيع طعام المعاوضات معلل؛ وأحسن ما قيل في ذلك: أن العلة فيه كون الطعام غذاء للإنسان وحافظا بنيته الشريفة لطاعة الله تعالى، وسبب العون على السعادة في الدنيا والآخرة؛ فكل ما شرف قدره عَظَّمَهُ الله بتكثير شروطه؛ وهذا هو شأن الشرع في كل ما عظم خطره، كالنكاح؛ لما كان سبب العفاف واستمرار النسل والمكاثرة بهذه الأمة الشريفة، اشترط فيه الشرع الولي، والصداق، وغيرهما، تفخيما لقدره؛ فلما كان الطعام سببا لما ذكرنا، شدد الشرع بحيث لا يباع قبل قبضه؛ فإن قيل: لو كانت العلة ما ذكر لعمم النهي عن بيع الطعام قبل القبض، فيمنع بيعه قبل قبضه، ولو ملكه بغير معاوضة، كالقرض والهبة والصدقة وأعطيات الناس من بيت المال؛ ولكن طعام غير المعاوضة لا يمنع بيعه، فمن ملك طعاماً بقرض أو هبة أو استحقاق، جاز له بيعه قبل قبضه.

الجواب: إن هذه كلها اشتركت في معنى الإحسان والمعروف، فوسع فيها تسهيلا لطرق المعروف، ليكثر وقوعه.

واعترض المخالف على هذا الاستدلال بأن قوله في الحديث: «إِلَّا صُلْحاً أَحَلَّ حَرَامًا» يمنع دخول الصلح على الإنكار في عمومه، لأن المدعي لم يكن له أن يأخذ من مال المدعى عليه المنكر، فحل بهذا الصلح، فهو صلح أحل حراما، فيمتنع.

والجواب: لا نسلم دخول الصلح على الإنكار في الصلح الذي حرم الحلال، ولا يصح حمل الحديث على ذلك لأمرين:

أحدهما: إن حِلَّ ما كان محرما يوجد أيضا في الصلح على الإقرار الذي هو متفق على صحته، سواء كان بمعنى البيع، بأن يعترف له بعروض فيصالحه بأثمان، فإنه يُحِل لكل واحد منهما ما كان محرما عليه قبله، أم كان الصلح بمعنى الهبة، فإنه يحل للموهوب له ما كان حراما عليه، وكذلك الإسقاط والإبراء يحلان له ترك أداء ما كان واجبا عليه؛ فالصلح بهذا المعنى يحل الحرام في جميع الحالات.

الأمر الثاني: إن كان الصلح إذا حل به المحرم كان صحيحا، فإن الصلح الفاسد لا يُحل الحرام، وإنما معنى قوله: «إِلَّا صُلْحاً أَحَلَّ حَرَامًا» الصلح الذي يتوصل به إلى تناول المحرم مع بقائه على تحريمه، كما لو صالحه على استرقاق حُرّ، أو إحلال بضع محرم، أو صالحه بخمر، أو خنزير، أو صالحه على أخذ العوض عما يجب عليه، كأن يدعى عليه الدين فأنكره، فقال المدعي: إن أقر لي بديني أعطيه منه مائة مثلا ففعل، صح الإقرار وبطل الصلح؛ لأنه يجب عليه الإقرار بما عليه من الحق، فلم يحل له أخذ العوض عما يجب عليه؛ فعلى هذا يرد ما أخذه، لأنه تبين كذبه بإقراره، وأن عليه الدين، فلزمه أداؤه بغير عوض؛ وما نحن فيه من الصلح على الإنكار ليس كذلك.

على أن الصلح على الإنكار إنما يتم برضا المدعى عليه بدفع العوض، لقطع الخصومة عن نفسه؛ والمخالف (الشافعي) يبيح لمن له حق يجحده غريمه، أن يأخذ من ماله بقدر حقه أو دونه؛ فالشافعية يقولون: للمدعي أن يدخل دار المدعى عليه ليلا ويأخذ قدر حقه، فإذا حل له ذلك من غير اختياره ولا علمه، فلأن يحل برضاه وموافقته أولى؛ وكذلك فإن المدعى إذا حل له أخذ حقه بالصلح مع اعتراف الغريم به، فلأن يحل له أخذه بالصلح مع إنكارِ غريمه أولى، لأنه عند جحد الغريم وإنكاره عاجز عن الوصول إلى حقه إلا بذلك.

* ثانيا: يتأكد القول بجواز الصلح مع الإنكار بوجوه من المنقولة والمعقولة:

الوجه الأول: ما ورد من الكتاب والسنة في الصلح بين الناس عموماً، فمن الكتاب قوله تعالى: ﴿**وَالصُّلْحُ خَيْرٌ**﴾[1]، وقوله تعالى: ﴿**وَأَصْلِحُوا ذَاتَ بَيْنِكُمْ**﴾[2]، وقوله: ﴿**لَا خَيْرَ فِي كَثِيرٍ مِّن نَّجْوَاهُمْ إِلَّا مَنْ أَمَرَ بِصَدَقَةٍ أَوْ مَعْرُوفٍ أَوْ إِصْلَاحٍ بَيْنَ النَّاسِ**﴾[3].

ومن السنة قوله عليه الصلاة والسلام: «أَلَا أُنَبِّئُكُمْ بِصَدَقَةٍ يَسِيرَةٍ يُحِبُّهَا اللَّهُ تَعَالَى؟ قَالُوا: بَلَى يَا رَسُولِ اللَّهِ، قَالَ: إِصْلَاحُ ذَاتِ البَيْنِ إِذَا تَقَاطَعُوا».

وفي الحديث أيضا: «لَيْسَ الكَذَّابُ الذِي يُصْلِحُ بَيْنَ النَّاسِ فَيَنْمِي خَيْرًا أَو يَقُولَ خَيْرًا».

وقال عليه الصلاة والسلام: «أَلَا أُخْبِرُكُمْ بِأَفْضَلِ مِنْ دَرَجَةِ الصِّيَامِ وَالصَّلَاةِ وَالصَّدَقَةِ؟ قَالُوا: بَلَى يَا رَسُولَ اللَّهِ، قَالَ: إِصْلَاحُ ذَاتِ البَيْنِ»، وقال: «وَفَسَادُ ذَاتِ البَيْنِ هِيَ الحَالِقَةُ»، رواه أحمد وأبو داود والترمذي.

وروى الحسن رضي الله عنه، عن النبي ﷺ أنه قال: «أَفْضَلُ النَّاسِ عِنْدَ اللَّهِ يَوْمَ القِيَامَةِ المُصْلِحُونَ بَيْنَ النَّاسِ».

وقال أنس بن مالك رضي الله عنه: «مَنْ أَصْلَحَ بَيْنَ اثْنَيْنِ أَعْطَاهُ اللَّهُ بِكُلِّ كَلِمَةٍ عِتْقَ رَقَبَةٍ».

وقال بعض الصحابة: من أراد فضل العابدين فليصلح بين الناس؛ وما أحسن قول القائل:

إِنَّ الفَضَائِلَ كُلَّهَا لَوْ جُمِّعَتْ ... رَجَعَتْ بِأَجْمَعِهَا إِلَى ثِنْتَيْنِ
تَعْظِيمُ أَمْرِ اللَّهِ جَلَّ جَلَالُهُ ... وَالسَّعْيُ فِي إِصْلَاحِ ذَاتِ البَيْنِ

ومن أجل ما في الصلح من الصدقة على المتخاصمين، لوقايتهما ما يترتب على الخصام من قبيح الأقوال والأفعال، جاز الكذب فيه مبالغة في وقوع الألفة بين المسلمين، لئلا تدوم العداوة؛ فإذا جاز الكذب الذي قال الله تعالى فيه: ﴿**إِنَّمَا يَفْتَرِي الكَذِبَ الذِينَ لَا يُومِنُونَ**﴾[4] للمصلح من أجل ما في الصلح من الصدقة على المتخاصمين، لوقايتهما مما يترتب على الخصومة من قبيح الأقوال والأفعال، فكيف لا يجوز فيه دفع أحد المتخاصمين للآخر المال بغير حق لدرء مفسدة الخصومة؟

---

(1) سورة النساء، الآية 128.
(2) سورة الأنفال، الآية 1.
(3) سورة النساء، الآية 114.
(4) سورة النحل، الآية 105.

نعم، من علم أنه على باطل حرم عليه أخذ ذلك المال ديانة، وإن دفع له المدعى عليه لدرء مفسدة الخصومة، كما يحرم على من علم أن عليه الحق إنكاره وعدم الاعتراف به، مستغلا عدم البينة على الحق ليلجئه إلى قبول الصلح؛ فلو صالح على الإبراء من بعض الحق، والحالة هذه، ثم اعترف بالحق بعد إبرائه، نقض الصلح وألغى الإبراء، لأن من عليه الحق يجب عليه الاعتراف به، وقد أنكر في البداية، فألجأ صاحب الحق إلى إبرائه من البعض خوفاً من ضياع الكل، فهو عند قبول الإبراء كالمغلوب عليه.

الوجه الثاني: أنا أجمعنا على بذل المال بغير حق في فداء الأسارى، والمخالعة، والمظلمة، والمحاربين، فكذلك ههنا لدرء الخصومة؟

الوجه الثالث: أن الصلح على الإنكار يقطع المطالبة بالحق، فيكون مع الإقرار والإنكار كالإبراء؛ فكما يصح الإبراء مع الإنكار، كذلك يصح الصلح عليه قياسا، فإن قيل: إن الإبراء يكون بغير مال من الجهتين فلا يصح قياس الصلح عليه، لأن الصلح إنما يكون بمال، فافترقا؛ فالجواب: إن الصلح أيضا يجوز مع عدم المال من الجهتين، كالصلح على دم العمد، فقد يكون بدون عوض.

الوجه الرابع: إن الصلح على الإنكار يصح مع الأجنبي، إذ يصح أن يصالح الأجنبي عن المنكر، فيصح مع الخصم، كالصلح مع الإقرار، ويحقق ذلك أنه إذا صح مع الأجنبي مع غناه عنه، فلأن يصح مع الخصم الذي له حاجة إلى الصلح من باب أولى.

الوجه الخامس: من جهة النظر أن المدعي ههنا يأخذ حقه الثابت له، والمدعى عليه يدفعه لدفع الشر عن نفسه بقطع الخصومة، ولم يرد الشرع بتحريم ذلك في أي موضع، فلا يمتنع.

* إذا ثبت ذلك فلا يصح هذا الصلح إلا أن يكون المدعي معتقدا أن ما إدعاه حق فيدفع إليه المدين شيئا افتداء ليمينه، وقطعا للخصومة، وصيانة لنفسه من التبذل وحضور مجالس الحكم؛ فإن ذوي النفوس الشريفة والمروءة يصعب عليهم ذلك، ويرون دفع ضررها عنهم من أعظم مصالحهم؛ والشرع لا يمنعهم من وقاية أنفسهم وصايتنها ودفع الشر عنها ببذل أموالهم، والمدعي يأخذ ذلك عوضا عن حقه الثابت له، فلا يمنعه الشرع من ذلك أيضا، سواء كان المأخوذ من جنس حقه، أو من غير جنسه، بقدر حقه أودنه؛ فإن أخذ من جنس حقه بقدره فهو مستوف له، وإن أخذ دون حقه فقد استوفى بعضه

وترك بعضه، وإن أخذ من غير جنس حقه أخذ عوضه، ولا يجوز أن يأخذ من جنس حقه أكثر مما إدعاه، لأن الزائد لا مقابل له، فيكون ظالماً بأخذه؛

وإن أخذه من غير جنسه جاز، ويكون بيعاً بالنسبة للمدعي لاعتقاده أخذه عوضا، فيلزمه حكم إقرار؛ فلو وجد بما أخذه عيبا فله رده وفسخ الصلح، كما لو اشترى شيئا فوجده معيبا.

وإذا كان الذي أخذه المدعي شقصا في دار أو عقار، وجبت فيه الشفعة، لأنه يقر أن الذي أخذه عوض، فهو كما لو اشتراه.

ويكون في حق المنكر بمنزلة الإبراء، لأنه دفع المال افتداء ليمينه ودفعا للضرر عنه، لا عوضا عن حق يعتقده، فيلزمه أيضا حكم إقراره؛ فلو وجد بالمصالح عنه عيبا لم يرجع به على المدعي، لاعتقاده أنه ما أخذه عوضا؛ وإن كان المصالح عنه شقصا لم تثبت فيه الشفعة، لأنه يعتقده على ملكه لم يزل، وما ملكه بالصلح.

هذا كله إذا أخذ المدعي من غير جنس حقه، لأنه في هذه الحالة يعتبر بيعاً في حقه، لاعتقاده أنه أخذ عوضا، فتجرى فيه أحكام البيع، من الرد بالعيب، وثبوت الشفعة، إن كان المأخوذ مما تثبت فيه الشفعة.

أما إذا دفع المدعي عليه إلى المدعي ما إدعاه أو بعضه، فلا يثبت فيه حكم البيع، ولا تثبت فيه الشفعة، لأن المدعي يعتقد أنه استوفى عين حقه أو بعضه مسترجعا ممن هي عنده، فلم يكن بيعاً، كاسترجاع العين الغصوبة.

واعلم أنه متى علم أحدهما كذب نفسه، كمن ادعى شيئا يعلم أنه ليس له، أو ينكر حقا يعلم أنه عليه، فالصلح باطل في الباطن، لأن المدعي إذا كان كاذبا فما يأخذه أكل للمال بالباطل، أخذه بِشرّه وظلمه ودعواه الباطلة، لا عوضا عن حق له، فيكون حراماً عليه، كمن خوف رجلا بالقتل حتى أخذ ماله، والأمر كذلك إذا كان المدعى عليه يعلم صدق المدعي، وجحده لينتقص حقه أو يرضيه عنه بشيء، فهو هضم للحق وأكل مال بالباطل، فيكون ذلك حراماً، والصلح باطل، لا يحل له مال المدعي بذلك.

هذا حكم الباطن؛ وأما الظاهر لنا فهو الصحة، لأنا لا نعلم باطن الحال، وإنما نبني الأمر على الظواهر، والظاهر من حال المسلمين السلامة في عقودهم.

ولو ادعى على رجل وديعة أو قرضا أو تفريطا في وديعة أو مضاربة، فأنكر المدعى عليه ثم اصطلحا، صح الصلح.

أدلة المانعين للصلح على الإنكار: احتج الشافعي على عدم جواز الصلح على الإنكار بوجوه:

الوجه الأول: إن الصلح من أكل المال بالباطل، لأنه ليس عن مال لعدم ثبوته، ولا عن الافتداء عن يمين، لأنه لو كان عوضا عن اندفاع اليمين لجازت إقامة البينة بعده، ولكن لا تجوز، ولجاز أخذ العقار المصالح به بالشفعة، وقد انتقل بغير مال، ولا شفعة فيما انتقل بغير عوض؛ وليس الصلح على الإنكار كذلك عوضا عن سقوط الخصومة، وإلا لجاز عن النكاح والقذف، فأخذ المال بالصلح مع الإنكار من أكل المال بالباطل لعدم العوض.

وجوابه: أنا لا نسلم أنه ليس عن مال، إذ لا يلزم من عدم ثبوته عدمه؛ نعم، إن من علم منهما أنه على باطل حرم عليه أخذ ذلك المال كما تقدم قبل قليل، فيكون باطلاً في الباطن؛ ولو سلمنا أن الصلح على الإنكار ليس عن مال لعدم ثبوته، ولكن لا نسلم أنه من أكل المال بالباطل حينئذ؛ بل نقول هو عوض، إما عن اندفاع اليمين عنه، ونحن نلتزم جواز إقامة البينة بعده، بناء على أن من حلف خصمه وله بينة فله إقامتها، قيل: مع العذر، وقيل: مطلقا.

وإما عوض عن سقوط الخصومة عنه، ونلتزم جوازه في النكاح، فإن المرأة إذا أنكرت الزوجية، فإن من الناس من يوجب عليها اليمين، فتفتدي بيمينها؛ ونلتزم الشفعة كذلك، إذا كان المأخوذ شقصا مما فيه الشفعة.

وأما القذف فلا مدخل للمال فيه، ولا يجوز فيه الصلح مع الإقرار، فكذلك مع الإنكار، ولهذا لا يسقط إلى بدل، ولأنه شرع لتنزيه العرض، فلا يجوز للإنسان أن يعتاض عن عرضه بمال.

الوجه الثاني: إن المُصالح مع الإنكار يعاوض عن ملكه لثبوت الحق عليه، فيمتنع كشراء ماله من وكيله.

والجواب: بالفرق بأنه مع وكيله متمكن من ماله بخلاف صورة النزاع، فإنها لدرء مفسدة الخصومة، فلم يوجد جامع بين المقيس والمقيس عليه.

الوجه الثالث: إنه معاوضة فلا يصح مع الجهل كالبيع.

والجواب: إن الضرورة هنا تدعو إلى جوازه مع الجهل، فالمصالحة على المجهول جائزة؛ ولهذا قالوا: لو ادعى عليه ميراثا من جهة موروث، صح الصلح فيه مع الجهل، بل يجوز في الصلح دفع المال بغير حق، إذا كان الغرض منه سقوط الخصومة ودرء المفسدة.

الوجه الرابع: إنه عقد معاوضة خلا عن العوض في أحد جانبيه، فلا يصح.

الجواب: إن كونه عقد معاوضة خلا عن العوض في أحد جانبيه، إن سلمناه فإنه لا يضر؛ وهذا لأن المدعي يأخذ عوض حقه من المنكر لعلمه بثبوت حقه عنده، فهو معاوضة في حقه، والمنكر يعتقد أنه يدفع المال لدفع الخصومة واليمين عنه، ويخلصه من شر المدعي، فهو قد أبرأ في حقه، وغير ممتنع ثبوت المعاوضة في حق أحد المتعاقدين دون الآخر.

على أننا لا نسلم خلوه عن العوض في أحد جانبيه، لأن المدعى عليه يدفع إلى المدعي شيئا افتداء ليمينه، وقطعا للخصومة، وصيانة لنفسه من التبذل؛ ذلك أن الرجل الشريف يمقت التبذل، ويرى بذل المال لحفظ المروءة من أعظم المصالح، والشرع لا يمنع من وقاية النفس وصيانتها ودفع الشر عنها ببذل المال، بل قد يوجب ذلك؛ فهذا عوض وأي عوض؟ فلا يستقيم القول بأن الصلح على الإنكار خال عن العوض في أحد جانبيه، إلا إن أريد خلو أحد جانبيه من العوض المادي، ولكن العوض المعنوي الذي أشرنا إليه أقوى وأعلى من العوض المادي.

صلح الأجنبي عن المنكر: إذا صالح عن المدعى عليه المنكر أجنبي، صح الصلح، سواء اعترف ذلك الأجنبي للمدعي بصحة دعواه أم لم يعترف، وسواء كان بإذن المنكر أم بغير إذنه؛ وخالف الشافعي، فقال: إنما يصح صلح الأجنبي إذا اعترف للمدعي بصدقه، وإلا لم يصح؛ وهذا مبني على مذهبه في بطلان الصلح على الإنكار، وقد تقدم.

ثم لا يخلو صلحه أن يكون عن دين أو عين؛ فإن كان عن دين صح، سواء كان بإذن المنكر أم بغير إذنه، فإن عليا وأبا قتادة رضي الله عنهما قضيا عن الميت، فأجازه النبي ﷺ؛ وإن كان الصلح عن عين؛ فإن كان بإذن المنكر فهو كالصلح منه، لأن الوكيل يقوم مقام الموكل، وإن كان بغير إذنه فهو افتداء للمنكر من الخصومة وإبراء له من الدعوى، وذلك جائز.

ثم إن كان صلح الأجنبي عن دين أو عين بإذن من عليه الحق، فهو وكيله، والتوكيل في ذلك جائز؛ فإن أدى عنه رجع إليه بما أدى.

وإن صالح عنه بغير إذنه، فهل يجب له الرجوع عليه بما أدى؟ في ذلك خلاف؛ قيل: ليس له الرجوع عليه بشيء، لأنه أدى عنه ما لا يلزمه أداؤه، لأن الكلام فيمن صالح

عن المنكر؛ وقيل: له الرجوع عليه بما أدى، ولو صالح بغير إذنه، كما إذا قضى الدين الثابت بغير إذن المدين، فإنه قيل: إن له الرجوع على المدين، فكذا هنا؛ والقول الأول أصح، لأن من صالح عن المنكر بغير إذنه وأدى عنه، إنما قضى دينا لم يثبت وجوبه، لأنه ينكره، ولا يلزمه أداؤه إلى المدعي نفسه، فكيف يلزمه أداؤه إلى الأجنبي المصالح عنه؟ ولأنه أدى عنه ما لا يجب عليه، فكان متبرعاً، كما لو تصدق عنه.

وأكثر ما يجب لمن قضى دين غيره أن يقوم مقام صاحب الدين، وصاحب الدين هنا لم يجب له حق، ولا لزم الأداء إليه، ولا يثبت له أكثر من جواز الدعوى؛ فكذا من صالح عن المنكر بغير إذنه؛ فإن من يقول برجوعه على المنكر إنما يجعله كالمدعي في جواز الدعوى لا غير، أما أن يجب له الرجوع بما أدى حتما، فلا وجه له، لأنه أدى عنه ما لا يلزمه أداؤه كما تقدم؛ هذا كله إذا لم يؤد عنه متبرعاً، وإلا لم يرجع على من عليه الدين قولا واحدا[1]؛ هذا الذي تقدم من التفصيل هو مذهب الحنابلة.

وأما المالكية، فإن الأجنبي إذا صالح عن المدين وأدى عنه، ثبت له الرجوع عليه بما أدى؛ قال في المدونة، «صلح الأجنبي على دينك يلزمك وإن لم يقل أنا ضامن، لأنه إنما قضى على الذي عليه الحق»[2].

والقاعدة في مذهب مالك: أن الإنسان إذا فعل عن غيره ما شأنه أن يفعله، مضى فعله عليه، وكان له الرجوع عليه واجبا، كان كدفع الدين، أو غير واجب كغسل الثوب؛ وكل عمل يوصل للغير نفع مال أو غيره، بأمره أو بغير أمره، فعليه رد مثل ذلك المال؛ والقول للمنفق في عدم التبرع، تنزيلاً للإذن الشرعي في الواجب، أو في العادي في غير الواجب، منزلة الإذن القولي، لأن لسان الحال يقوم مقام المقال؛ ونازع الشافعي في هذه القاعدة، لأن القول عنده شرط في العقود، كالبيع والإجارة والحمالة والكفالة؛ ومالك يعتمد على العوائد، فإن العوائد تقوم مقام الأقوال إجماعاً في تفاصيل الإجارة، وتعيين النقود إذا أطلقت في العقود، وتقييد الأقارير المطلقة؛ فمالك وأصحابه يقيسون على هذه الصور المجمع عليها غيرها، فيجعلون اعتماد العوائد «قاعدة» مانعين إعتبار ما ذكره من التوقف على الأقوال، لأنه المعهود عند السلف؛ ونحن نقول: بل المعهود في حالة السلف عدم هذا التضييق[3].

---

(1) المغني لابن قدامة، جـ 5 ص 12 - 13.

(2) انظر الذخيرة للقرافي، جـ 5، ص 364.

(3) الذخيرة، جـ 5، ص 364، 452 - 453.

وإن صالح الأجنبي المدعي لنفسه لتكون المطالبة له، فإما أن يكون معترفا للمدعي بصحة دعواه أو لا؛ فإن لم يعترف له كان الصلح باطلا، لأنه يشتري منه ما لم يثبت له، ولم تتوجه إليه خصومة يفتدي منها، فأشبه ما لو اشترى منه ملك غيره.

وإن اعترف له بصحة دعواه؛ فإن كان المدعى به دينا، لم يصح أيضا، لأنه اشترى ما لا يقدر البائع على تسليمه، ولأنه بيع للدين من غير من هو في ذمته، فلا يصح؛ لأن بيع الدين المقر به من غير من هو في ذمته، لا يصح، فبيع دين في ذمة منكر معجوز عن قبضه أولى بعدم الصحة.

وإن كان المدعى به عينا، والأجنبي المصالح معترف بصحة دعوى المدعي، فقال الأجنبي للمدعي: أنا أعلم أنك صادق، فصالحني عنها، فإني قادر على استنقاذها من المنكر؛ فقال كثير من الفقهاء: يصح الصلح، لأنه اشترى منه ملكه الذي يقدر على قبضه، فهو بيع مقدور على تسليمه، ثم إن قدر على أخذه استقر الصلح وإن عجز.

احتمل أن يكون له حق الفسخ، لأنه لم يسلم له المعقود عليه، فكان له الرجوع إلى بدله، واحتمل أنه إن تبين له أنه لا يقدر على تسليمه، ظهر أن الصلح كان فاسدا منذ البداية، لأن الشرط الذي هو القدرة على قبضه معدوم حال العقد فكان فاسدا، كما لو اشترى جَمَلَه فتبين أنه شارد أو ميت.

أما لو اعترف له بصحة دعواه، ولكن لا يمكنه استنقاذه، لم يصح الصلح، لأنه اشترى ما لا يمكنه قبضه، فأشبه شراء الشارد أو المغصوب في يد من لا تناله الأحكام.

فإن اشتراه وهو يظن أنه عاجز عن قبضه فتبين أن قبضه ممكن، احتمل كونه صحيحاً، لأن العقد تناول ما يمكن قبضه فصح، كما لو علما ذلك؛ ويحتمل أن لا يصح، لأنه ظن عدم الشرط، فأشبه ما لو باع شيئا يظنه ملكا للغير، فتبين أنه ملكه، فلا يصح، لوقوعه فاسدا من البداية؛ ويحتمل أن يفرق بين من يعلم أن البيع يفسد بالعجز عن تسليم المبيع، وبين ما لا يعلم ذلك، لأن من يعلم ذلك معتقد فساد البيع والشراء، فكان بيعه فاسدا، لكونه متلاعبا بقوله معتقدا فساده؛ أما من لا يعلم فيعتقده صحيحاً، وقد تبين بعد ذلك اجتماع شروطه، فصح، كما لو علمه مقدورا على تسليمه.

فإن قال الأجنبي للمدعي: أنا وكيل المدعى عليه في مصالحتك عن هذه العين، وهو مقر لك بها، وإنما جحدها في الظاهر.

فقيل: لا يصح، لأنه يجحدها في الظاهر لينتقص المدعي بعض حقه، أو يشتريه بأقل من ثمنه؛ فهو بهذا هاضم للحق، متوصل إلى أخذ المصالح عنه بالظلم والعدوان؛ فهو كما لو شافهه بقوله: أنا أعلم صحة دعواك، وأن هذا لك، لكن لا أسلمه إليك، ولا أقر به عند الحاكم حتى تصالحني منه على بعضه أو عوض عنه، وحاصله أن إخبار الأجنبي للمدعي بأن المدعى عليه مُقِرٌّ في الباطن جاحد في الظاهر، يدل على أنه يريد انتقاص حقه، كالمشافهة بذلك.

وقيل: يصح الصلح إذا قال الأجنبي للمدعي: أنا وكيل المدعى عليه، وأنه مقر لك في الباطن، فليس ذلك كالمشافهة بانتقاص الحق؛ ثم ينظر إلى المدعى عليه، فإن صدقه على ذلك ملك العين، رجع الأجنبي عليه بما أدى عنه، إن كان أذن له في الدفع؛ وإن أنكر الإذن في الدفع، فالقول قوله مع يمينه، ويكون حكمه حكم من قضى دينه بغير إذنه؛ وإن أنكر الوكالة، فالقول قوله بيمينه، وليس للأجنبي الرجوع عليه[1].

الحالات التي يجوز فيها نقض الصلح:

لما كان الصلح لا يحل المصالح به للظالم في الباطن، بل ذمته مشغولة فيما بينه وبين الله، ساغ للمظلوم نقضه متى ظهر كون المصالح ظالما، وإليك أهم الأحوال التي يجوز فيها نقض الصلح بعد وقوعه:

1 - إذا أقر الظالم ببطلان دعواه بعد وقوع الصلح، فإن للمظلوم نقضه بلا خلاف، وذلك كمن ادعى شيئا يعلم أنه ليس له، أو أنكر حقا يعلم أنه عليه، فصالح؛ فهذا الصلح صحيح في الظاهر، باطل في الباطن، لا يحل للظالم ما أخذه بذلك؛ فإذا اعترف الظالم بعد ذلك بظلمه فللمظلوم فسخه، لأنه كالمغلوب على الصلح؛ وقولنا «الصلح جائز»: إنما هو بالنسبة لظاهر الحال؛ فالمنكر للحق إن كان صادقا في إنكاره فما أخذ منه حرام، فله استرداده، وإن شاء أمضاه فهو بالخيار؛ وضمان ما قبضه كل منهما من قابضه.

2 - ولو شهدت بينة للمظلوم على الظالم لم يعلمها المظلوم حال العقد، ولو كانت حاضرة بالبلد، فله نقضه على المشهور، ولكن لا بد من حلفه على عدم العلم بها.

(1) المغني لابن قدامة، والشرح الكبير معه، جـ 5، ص 12 - 14.

3 - إذا صالح وله بينة غائبة يعلمها وهي بعيدة جدا، وأشهد عند الصلح أنه يقوم بها، فله القيام بها إذا حضرت ونقض الصلح، سواء أعلن بالإشهاد عند الحاكم أم لم يعلن به.

4 - إذا صالح وله وثيقة ضاعت منه، ثم وجدها بعد الصلح، وفيها قدر الدين الذي أنكره المدعى عليه، وقد أشهد أنه يقوم بها إن وجدها، فله نقض الصلح حينئذ، كالبينة التي يعلمها وله إمضاؤه؛ وأما إن نسيها حال الصالح ثم وجدها، فإنه يحلف ويقوم بها كالبينة التي لم يعلمها.

5 - من ادعى على شخص بشيء معلوم فأنكره، فأشهد سرا أن بينته غائبة بعيدة الغيبة، وأنه إنما يصالح لأجل بعد غيبة بينته، وأنه إن قدمت قام بها، والحال أنه لم يعلن بالإشهاد عند الحاكم، ثم صالحه، ثم قدمت بينته، فله القيام بها ونقض الصلح كمن أعلن وأشهد.

6 - إذا كان المدعى عليه يقر بالحق سرا ويجحده علانية، فأشهد المدعي بينة على جحده علانية، ثم صالحه على التأخير، وأشهد بينة لم يعلم بها المدعى عليه، على أنه إنما صالحه على التأخير ليقر علانية، فهو غير ملتزم للتأخير الذي وقع عليه الصلح إذا أقر علانية، ثم صالح فأقر المدعى عليه علانية؛ فله نقض الصلح الذي يقضي بتأخير الحق والمطالبة بدفعه حالا، وتسمى هذه البينة بينة استدعاء، ولا بد من تقدمها على الصلح وإقرار المنكر بعده.

ما لا ينقض فيه الصلح:

1 - ومن ادعى على رجل بدين فأنكره، والمدعي له ببينة، وصالح المدعى عليه المنكر، وهو عالم ببينته، ولم يشهد حال صلحه بأنه يقوم بها إذا حضرت، وكانت بعيدة جدا؛ فإنه لا قيام له بها، ولا ينقض صلحه، لأنه لما علمها وتركها ولم يشهد في البعد، كان مسقطا لبعض حقه؛ وأما القريبة أو البعيدة بعداً متوسطا فليس له نقضه، سواء أشهد أم لم يشهد لتعجيله الصلح.

2 - ومن ادعى على شخص بحق فأقره له به، وقال المدعي: عندي وثيقة بالحق، فقال له المدعى عليه: ائت بها وخذ حقك الذي فيها، فادعى ضياع الوثيقة منه، وصالح، فلا ينقض الصلح بعد ذلك إذا وجدها، لأنه إنما صالحه على إسقاط حقه.

والفرق بين هذه وبين من ضاعت له وثيقة ثم وجدها بعد الصلح مع المنكر، حيث له نقضه، كما تقدم، أن المدعى عليه هنا ليس بمنكر، بل هو مقر بالحق، وإنما طلب الوثيقة ليمحوها أو ليكتب عليها وفاء الحق، فلم يرض صاحبه، وادعى ضياع الصك، فصالحه على إسقاط حقه، بخلاف مسألة ضياع الوثيقة ثم وجودها بعد الصلح مع المنكر، فإن الغريم منكر للحق من أصله؛ والحال أن صاحب الدين قد أشهد أنه إنما صالح لضياع وثيقته؛ فهو في تلك المسألة بمنزلة من صالح لغيبة بنيته الغيبة البعيدة، فله القيام بها عند قدومها.

ههنا مسائل:

1 - يجوز الصلح عن دم العمد نفسا أو جرحاً بما قل من المال أو كثر، لأن العمد لا دية له أصالة، ولكن لصاحب دين أحاط بالجاني منعه من الصلح بمال، لما فيه من إتلاف ماله الذي استحقه صاحب الدين في دينه.

2 - إذا صالح أحد وليين فأكثر مَنْ قَتَلَ أباهما أو أباهم مثلا بعين أو عرض، قدر الدية أو أقل، فإن لغير المصالح الخيار، إن شاء دخل مع المصالح فيما صالح به، وإن شاء لم يدخل معه؛ فإن دخل معه فإنه يأخذ نصف ما صالح به، وإن لم يدخل معه، فله نصيبه من دية العمد، وله العفو مجانا؛ فلا شيء له مع المصالح.

3 - إذا ادعى أحد الوليين على الجاني عمدا أنه صالحه على قدر معلوم، وأنكر الجاني ذلك، فإن القتل يسقط، لأن صلح أحد الأولياء عفو، ويسقط المال الذي سماه الولي كذلك، إن حلف الجاني، فإن نكل يحلف مستحق الدم ويأخذ المال.

وإنما سقط القتل والمال، لأن دعوى الولي أثبتت أمرين: إقراره على نفسه بأنه لا يقتص منه، وأنه يستحق مالا على الجاني، فيؤخذ بما أقر به على نفسه، ولم يعمل بدعواه على الجاني.

4 - إذا صالح بعض الورثة - كأحد ولدين - مدينا لأبيهما مثلا على دين ثابت عليه أقر به، بل وإن عن إنكار من المدعى عليه، فإن للوارث الآخر أن يدخل مع صاحبه فيما صالح به من نصيبه؛ وله أن لا يدخل معه ويطالب بحصته كلها في حالة إقرار المدين، وله تركه كله، وله المصالحة بما دون ذلك؛ أما في حالة إنكار المدين، فإما أن تكون له بينة أم لا؛ فإن كانت له بينة، أقامها وأخذ حقه، أو تركه، أو صالح بما يراه صوابا؛ وإن لم تكن له بينة، فليس له على غريمه إلا اليمين.

والحاصل أنه إن دخل الوارث الذي لم يصالح مع من صالح وكان من عليه الدين مقرا، رجع على الغريم بما بقي له من تمام نصيبه، ثم يرجع المصالح على الغريم بما دفع لشريكه الوارث؛ وإن دخل معه، وكان من عليه منكرا، لم يرجع الوارث الذي لم يصالح على الغريم بما بقي من نصيبه في الميراث إلا لبينة.

وإن ترك الدخول معه، فله في حالة إقرار المدين إما أخذ جميع حقه أو تركه، أو المصالحة بما دونه؛ وأما في حالة إنكار المدين، فإن كانت له بينة أقامها، وله في حقه إما أخذ الجميع، أو تركه، أو المصالحة بأقل؛ وإن لم تكن له بينة فليس على غريمه إلا اليمين.

5 - إذا كان لشريكين حق مشترك من إرث أو قرض أو غيرهما على شخص في وثيقة واحدة، أو مطلق بغير وثيقة، فإن ما قبض منه أحدهما فلصاحبه الدخول معه فيه، إلا إذا سافر أحدهما بشخصه للمدين إذا كان ببلد آخر، بعد أن يُعذِر لشريكه عند السلطان أو بحضور البينة ليخرج معه ليقبض حصته، أو يوكل من يسافر معه، كأن يقول لشريكه: إني ذاهب للمدين فاخرج معي، أو وكلني، أو وكل غيري على قبض ما عليه لك،، فيمتنع من الخروج والتوكيل؛ فلا يدخل مع من سافر لذلك فيما قبضه، لأن امتناعه من الشخوص معه، والتوكيل دليل على عدم دخوله معه وقرينة على رضاه باتباع ذمة غريمه؛ فلو كان الغريم حاضرا أو خرج ولم يعذر لدخل معه.

ولا يدخل الشريك كذلك فيما قبضه شريكه مما هو مشترك بينهما، إذا كان حق كل منهما مكتوبا في وثيقة على حدة، كأن باعا شيئا في صفقة واحدة، لكن أصله مكتوب في كتابين، بأن كتب كل منهما نصيبه بكتاب، واقتضى أحدهما حقه أو بعضه، فلا يدخل معه الآخر فيه، لأن الكتابين يفرقان ما كان أصله مجتمعا، لأنه كالمقاسمة، فصار حينئذ كدينين مستقلين؛ وإذا كان الشيء الذي ليس أصله مشتركا بينهما، ولكنه متفق جنسا وصفة، كأن يكون لأحدهما ثوب أو قمح، وللآخر مثله، وجمعاهما في عقد وثمن واحد، وكتبا ذلك في كتاب واحد، فاختلف إذا اقتضى أحدهما شيئا من ذلك، هل يدخل معه صاحبه فيه، بناء على أن الكتابة الواحدة تجمع ما كان مفترقا، أو لا يدخل معه بناء على عدم الجمع؟ في ذلك قولان.

وقد علم مما تقدم أن الموضوع مع اتفاق الدينين فيما مر؛ أما عند اختلافهما كثوب وحيوان، أو قمح وشعير، أو مع الاتفاق لكن بيع بثمنين، فلا دخول لأحدهما فيما اقتضاه الآخر، سواء كتبا في وثيقة واحدة أم في وثيقتين، بلا خلاف في ذلك.

وما قيل في هذه المسألة والتي قبلها يجري في الاشتراك في أجرة العمل، كما يجري في ثمن ما باع الشريكان صفقة واحدة؛ فإذا أجر شخصان داريهما في صفقة واحدة بأجر متفق صفة، فكل من اقتضى من الأجر شيئاً دخل معه فيه الآخر، على أحد القولين هنا؛ والجعالة كالإجارة.

وهل يجري هذا الخلاف في الوظيفة تكون بين اثنين أو أكثر في وثيقة واحدة؟ الظاهر أن وظائف الخدمة يجري فيها ذلك، لأن ما يؤخذ فيها بمنزلة الأجرة؛ وكذلك ما يكون قد استحق لاثنين بوقف، ويكتب لهما به وصول واحد؛ ولعل الأحسن الرجوع في ذلك إلى العادة؛ فإن كانت العادة أن من اقتضى شيئا من ذلك دخل معه الآخر حكم به، وإلا فلا؛ فكتابة المستحقين للوقف مثلا في قائمة واحدة لا يظهر في ذلك أن أحدهم إذا قبض من الوقف مقدار حصته دخل معه الآخرون؛ فالأفضل اعتبار العوائد في ذلك.

وإذا وجب لأحد الشريكين الدخول على شريكه فيما اقتضاه من الغريم، فلم يدخل معه، واختار اتباع الغريم بجميع حقه، فإنه لا دخول له مع صاحبه فيما قبضه من الغريم، ولو هلك ما مع الغريم، فلم يجد معه غير ما اقتضاه شريكه، لأنه لما اختار ما على الغريم كان ذلك كالمقاسمة[1].

---

(1) انظر ما ينقض فيه الصلح وما لا ينقض فيه: الخرشي علي خليل، جـ 6 ، ص 5 - 14 ، وحاشية العدوي على الخرشي، جـ 6 - ص 12 - 14.

الفهرس

فصل تمهيدي

الباب الأول: في البيوع

الفصل الأول: تعريف البيع وحكمه

الفصل الثاني: أركانه

الفصل الثالث: أنواعه

الفصل الرابع: بيوع الأمانة

الفصل الخامس: الشروط في البيع

الفصل السادس: الخيار في البيع

الفصل السابع: اختلاف المتبايعين

الفصل الثامن: في السلم وأحكامه

الفصل التاسع: البيوع المنهي عنها

الباب الثاني: في العقود المشاكلة للبيع

الفصل الأول: في الإجارة والكراء

الفصل الثاني: الجعالة وأحكامها

الفصل الثالث: الشركة وأقسامها وأحكامها

الفصل الرابع: القراض أو المضاربة